

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : À LA FRONTIÈRE DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT

Auteur(s) : Carmen LAVALLÉE

Revue : RDUS, 1993-1994, volume 24, numéro 1

Pages : 1-57

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/13362>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/13362>

Page vide laissée intentionnellement.

À LA FRONTIÈRE DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT*

par Carmen LAVALLÉE**

Les rapports entre la déontologie, la morale, l'éthique et le droit sont complexes. À l'époque du pluralisme idéologique et d'un engouement sans précédent pour les droits et libertés de la personne, le rôle de l'éthique s'accroît au fur et à mesure que se posent les problèmes sociaux et moraux liés au développement des sciences biomédicales. L'avènement de la bio-médecine illustre avec acuité la convergence inévitable entre l'éthique et le droit. L'éthique pluridisciplinaire et séculière questionne, sensibilise et favorise la recherche du consensus. Le droit prescrit et force l'adhésion. Mais le droit est incapable de prévoir toutes les situations et l'éthique ne dispose pas de la force obligatoire du droit. Les deux disciplines bien que distinctes, sont complémentaires. C'est dans cette perspective qu'on peut véritablement parler de convergence entre l'éthique et le droit.

The relationships between deontology, morals, ethics and law are complex. In times of ideological pluralism and the affirmation of human rights and freedoms, the role of ethics becomes increasingly important as social and moral problems surface as a result of the development of the biomedical sciences. The advent of bio-medicine clearly demonstrates the inevitable convergence of ethics and the law. While secular pluridisciplinary ethics question, sensitize and favour the attainment of a consensus, the law sets out rules and enforces the observance of these rules. But just as the law cannot anticipate every possible situation, ethics lack the law's coercive nature. As a result, both disciplines, although distinct, complement each other. Thus, it is in this sense that a convergence of ethics and law is said to occur.

*. Le présent texte s'est mérité le deuxième prix du concours juridique «Charles-Coderre 1992». La Fondation Charles-Coderre a autorisé la publication de ce texte dans la présente revue. Il y a eu des additions mineures depuis sa publication originale dans le volume *Prix Charles-Coderre 1992*, Collection des Prix Charles-Coderre, par les Éditions Yvon Blais inc., pour tenir compte du nouveau *Code civil du Québec*, entré en vigueur depuis.

**. Avocate.

SOMMAIRE

INTRODUCTION	5
PREMIÈRE PARTIE	8
LA MORALE, PRÉCURSEUR DU DROIT, DE L'ÉTHIQUE ET DE LA DÉONTOLOGIE	8
CHAPITRE I: LE RÔLE DE LA MORALE DANS L'ÉVOLUTION DES FONDEMENTS DU DROIT	8
A) Le droit naturel fondé sur la morale	8
1 - La naissance du droit naturel	9
2 - Le déclin du droit naturel	11
B) L'émergence de la philosophie positiviste du droit, un rejet de la morale universelle	12
1 - L'assise du positivisme: les mœurs	12
2 - Les principales critiques adressées au positivisme juridique	13
C) La tendance humaniste, un nouveau rapprochement entre la morale et le droit?	15
CHAPITRE II: L'INFLUENCE DE LA MORALE SUR LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT, DE L'ÉTHIQUE ET DE LA DÉONTOLOGIE	17
A) La morale et le droit, concordance ou discordance?	17
1 - Les différentes significations du terme «morale»	17
2 - Les distinctions entre le droit et la morale	19
3 - Les relations entre le droit et la morale	21
B) L'éthique actuelle, une notion différente de la morale	23
C) La déontologie moderne, une théorie hybride issue de la morale et du droit	26
2 - L'idéologie sous-jacente à la déontologie	29
3 - La nécessité d'un renouvellement déontologique	30
Conclusion à la première partie	33
DEUXIÈME PARTIE	34
LA CONVERGENCE INÉVITABLE ENTRE L'ÉTHIQUE ET LE DROIT	34
A) Le droit, un encadrement «des morales»	36

B) De la décision morale à la décision éthique, le rôle accru des tribunaux	38
1- La décision morale antérieure fondée sur un consensus social	38
2- La décision éthique contemporaine, un choix entre les différentes valeurs individuelles et sociales	40
CHAPITRE II: LE DÉVELOPPEMENT DES SCIENCES BIOMÉDICALES COMME POINT DE RENCONTRE ENTRE L'ÉTHIQUE ET LE DROIT	41
A) L'évolution de l'éthique pour répondre à des interrogations nouvelles	42
1- Définition de la bioéthique	42
2- Établissement d'un consensus autour de certains paramètres bioéthiques	45
3 - L'importance du débat éthique	48
B) Illustrations de l'enchevêtrement de l'éthique et du droit	52
1 - La cessation de traitement et l'euthanasie	52
2- L'allocation des ressources rares en soins de santé ...	55
C) Créer la norme, une responsabilité éthique ou juridique?	56
CHAPITRE III: LES APPORTS DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT DANS LA RECHERCHE DE NOUVELLES SOLUTIONS	59
A) La contribution du droit à la décision fondée sur l'éthique	60
1 - La modification du rôle traditionnel du juriste	60
2 - L'apport du droit à la décision fondée sur l'éthique ...	62
B) La nécessité de l'éthique dans l'évolution du droit	64
1 - La nécessité de l'émergence d'une éthique sociale en contrepois d'un droit individualiste et revendicateur	64
2 - L'éthique comme facteur de responsabilité	66
CONCLUSION GÉNÉRALE	68

INTRODUCTION

Montesquieu proclamait qu'il y a «différents ordres de lois; et la sublimité de la raison humaine consiste à savoir bien auquel de ces ordres se rapportent principalement les choses sur lesquelles on doit statuer, et à ne point mettre la confusion dans les principes qui doivent gouverner les hommes.»¹ Cependant, si Montesquieu vivait aujourd'hui, il constaterait, comme les philosophes et les juristes contemporains, que les développements spectaculaires de la science, notamment dans les domaines de la médecine, de l'agronomie et de l'informatique, ont engendré la confusion et rendu plus difficile que jamais la délimitation des frontières entre la morale et le droit².

Les technologies de pointe permettent aux scientifiques d'avoir une emprise croissante sur la vie humaine, entraînant avec elles de nombreuses interrogations morales et juridiques. Doit-on maintenir en vie, artificiellement, les personnes dont la mort cérébrale a été constatée? Devrait-on permettre la commercialisation des organes et des prélèvements humains? Le phénomène des mères porteuses est-il moralement défendable? Peut-on stériliser les déficients mentaux? Où commence l'acharnement thérapeutique lorsqu'un patient refuse un traitement et réclame le droit de mourir dans la dignité? Et que penser du «bricolage des gènes»³?

La science serait-elle la seule responsable du déséquilibre moral et juridique qu'elle soulève? Les conflits entre les concepts de droit et de morale existaient bien avant l'essor récent de la technologie. Pensons aux débats soulevés par la peine capitale ou par la question controversée de l'avortement.

Néanmoins, si la science nous fascine et nous séduit, elle nous effraie aussi. On craint les catastrophes nucléaires qui entraîneraient des pertes considérables en vies humaines. Toutefois, rappelons que les plus grands génocides de notre histoire, ceux réalisés par les nazis et les Khmers rouges, l'ont été avec des moyens technologiques plutôt modestes⁴.

L'évolution scientifique apparaît plutôt comme un phénomène intrinsèquement neutre. C'est la contrôlabilité du système, par une organisation humaine efficace, qui fera la différence entre la science au service de l'humanité ou l'humanité au service de la science.

-
1. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris, Éditions Garnier Frères, 1956, p. 168.
 2. Ces rapports sont qualifiés par Ihering de «Cap Horn des sciences juridiques» dans G. MARTY et P. RAYNAUD *Droit civil - Introduction générale à l'étude du droit*, 2^e éd., t. I, Paris, Sirey, 1972, n° 37, p. 61.
 3. A. FAGOT-LARGEAULT, *L'homme bioéthique, pour une déontologie de la recherche sur le vivant*, Paris, Maloine S.A., 1985, p. 17.
 4. *Id.*, p. 20.

Pourtant, l'avènement de réalisations technologiques, jusqu'à ce jour insoupçonnées, n'est pas sans en inquiéter plus d'un. Il suffit de consulter l'imposante littérature philosophique à laquelle ce phénomène a donné naissance pour s'en convaincre. Mais, d'où provient cette crainte? D'abord, les médias ont mis à jour certaines pratiques scandaleuses des chercheurs, en révélant l'utilisation de moyens moralement répréhensibles tels que:

«... injections de cellules cancéreuses à des patients âgés, inoculation de l'hépatite virale à des enfants retardés mentalement, absence de traitement à des Noirs atteints de syphilis, recherche sur des sujets sains sans leur consentement»⁵.

Ces exemples montrent les abus potentiels d'une science puissante à l'affût de la découverte. Au nom des bienfaits de la recherche, glissons-nous lentement sur la pente de la permissivité? Certains craignent que l'on passe de l'avortement légal dans les premiers mois de la grossesse, à l'avortement libre et gratuit, puis à l'avortement obligatoire si l'on découvre une tare génétique sur l'embryon. De la cessation de traitement, finirons-nous par tolérer l'euthanasie active sur demande, puis l'euthanasie forcée des handicapés mentaux profonds et des vieillards séniles?

Devant cette crainte, justifiée ou non, mais bien réelle, les philosophes et les scientifiques s'adressent aux juristes, demandant au droit de combler le vide laissé par le désengagement moral de la collectivité. Mais le droit ne serait-il pas lui-même en crise? Déconcerté par le pluralisme idéologique et les problèmes engendrés par la science, le droit s'avère impuissant à répondre aux interrogations qu'on lui soumet⁶. Est-ce là le rôle exclusif du droit? Quels devraient être les rapports du droit avec la morale? Celle-ci peut-elle encore jouer un rôle positif aujourd'hui ou n'est-elle devenue qu'un préjugé déraisonnable? La consultation des différents auteurs traitant de ce sujet, nous apprend qu'ils ne s'entendent pas toujours sur le sens à donner aux principales notions qu'ils abordent. Souvent, on parle indistinctement de la loi ou du droit, de l'éthique ou de la morale, de l'éthique professionnelle ou de la déontologie.

Un tel imbroglio sémantique peut s'expliquer d'un point de vue historique. Nous allons donc, dans cette perspective, consacrer *notre première partie* à l'étude des différents concepts qui ont servi, au fil du temps, de fondement au droit positif. Nous verrons que la morale philosophique a favorisé l'émergence du droit naturel qui sera remplacé, plus tard, par le positivisme juridique. La connaissance préalable de l'évolution des règles morales et

5. G. DURAND, *La bioéthique*, Paris, Éditions du Cerf, Montréal, Fides, 1989, p. 9.

6. É. DELEURY, «Éthique, médecine et droit: des rapports qui reposent sur une confusion entre les rôles», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 103.

juridiques est nécessaire pour comprendre et apprécier le sens de l'éthique contemporaine et ses relations avec le droit positif. L'approche historique nous permettra de mieux saisir la crise éthique et juridique créée par des possibilités technologiques sans précédent. Le droit se trouve aujourd'hui engagé dans une nouvelle phase de son évolution à l'intérieur de laquelle l'éthique, devenue progressivement différente de la morale, joue un rôle de plus en plus nécessaire.

Ainsi, nous allons dans notre *deuxième partie*, examiner plus particulièrement les relations entre l'éthique et le droit. Nous constaterons que la biomédecine soulève des polémiques éthiques devenues moralement presque insolubles dans une société qui a consacré dans sa constitution la liberté d'opinion, de croyance et de religion⁷, institutionnalisant le respect du pluralisme idéologique. Dans cette optique, la convergence entre l'éthique et le droit apparaît inévitable puisqu'ils demeurent des guides privilégiés dans la recherche d'un équilibre entre les valeurs individuelles et collectives.

PREMIÈRE PARTIE

LA MORALE, PRÉCURSEUR DU DROIT, DE L'ÉTHIQUE ET DE LA DÉONTOLOGIE

Les êtres humains, forcés de se regrouper pour survivre, comprennent rapidement la nécessité de céder une part de leur liberté individuelle au profit d'une coexistence pacifique. La vie en société favorise l'émergence de normes visant à régir les comportements individuels et collectifs. Parmi ces règles de conduite, le droit a toujours joué un rôle prépondérant puisqu'il est inhérent à la vie sociale organisée⁸. Cependant, il n'est pas le seul à régir la conduite humaine. Au fil des siècles, des normes morales, éthiques et déontologiques se sont juxtaposées aux règles juridiques, parfois pour les compléter ou les soutenir, parfois pour les dénoncer et les contester. Afin de mieux apprécier le sens de l'éthique contemporaine et ses relations avec le droit positif, nous allons d'abord étudier comment ces différentes références normatives ont évolué et se sont entremêlées les unes aux autres. Examinons, dans cette perspective, le rôle de la morale dans l'évolution des fondements du droit.

7. Article 2(b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (1982), R.U. c. 11)].

8. G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, note 2, n° 2, p. 3.

CHAPITRE I: LE RÔLE DE LA MORALE DANS L'ÉVOLUTION DES FONDEMENTS DU DROIT

L'épineuse question des fondements du droit soulève de nombreuses controverses chez les auteurs. Malgré la complexité de ce problème, nous allons traiter brièvement du rôle de la morale dans l'évolution du droit. Nous verrons successivement le concept de droit naturel, la philosophie positiviste du droit et la naissance d'une nouvelle tendance humaniste proposée par les auteurs.

A) Le droit naturel fondé sur la morale

Prôné à l'origine par les philosophes grecs et chrétiens, le droit naturel a par la suite été décrié par les tenants du positivisme juridique.

1 - La naissance du droit naturel

Le droit naturel, selon Carbonnier, obtint ses lettres de noblesse dans l'*Antigone* de Sophocle. Antigone donna une sépulture à son frère, et cela malgré l'interdiction de Créon, et pour excuser son geste elle s'écrie:

«Je ne pensais pas, (...), qu'il eût assez de force ton édit, pour donner à un être mortel le pouvoir de violer les divines lois non écrites que personne ne peut ébranler. Elles ne sont pas d'aujourd'hui, ni d'hier, mais elles sont éternelles, et personne ne sait quel est leur passé profond»⁹.

Ainsi, se profile l'idée d'un droit immuable et universel. La définition la plus connue et la plus citée du droit naturel est attribuable à Cicéron qui le décrit ainsi:

«Il est une loi véritable, droite raison, conforme à la nature, présente en tous, immuable, éternelle, elle appelle l'homme au bien par ses commandements et le détourne du mal par ses interdictions. Soit qu'elle ordonne ou qu'elle défende, elle ne s'adresse pas en vain aux hommes de bien, mais n'exerce aucune action sur le méchant. Il n'est pas permis de l'infirmier par d'autres lois, ni de déroger à ses préceptes; il est impossible de l'abroger tout entière, ni le Sénat, ni le peuple ne peuvent nous en libérer. Elle ne sera différente ni à Rome ni à Athènes, et ne sera pas dans l'avenir différente de ce qu'elle est aujourd'hui, mais une seule loi, éternelle et inaltérable, régira à la fois tous les peuples dans tous les temps; un seul maître étant le chef, c'est lui qui est l'auteur de la loi, qui l'a promulguée et la sanctionne, celui

9. J. CARBONNIER, *Droit civil - Introduction*, 17^e éd., Paris, P.U.F., 1988, n° 47, p. 81.

qui ne lui obéit pas se punit lui-même en reniant sa nature humaine et se réserve le plus grand châtement»¹⁰.

Les philosophes grecs ont été les premiers à aborder les fondements du droit. Aristote fonde la théorie du droit naturel sur une nature humaine différente de l'animal mais en harmonie avec le reste de l'univers. C'est par sa capacité de raisonnement et son aptitude à agir volontairement que l'homme se distingue de l'animal; cette nature humaine lui permet de reconnaître ce qui est juste¹¹. *Le droit écrit ne sert qu'à compléter le droit naturel auquel il est subordonné. La morale idéaliste règne sur le droit naturel.*

Puis, avec l'avènement du christianisme, on associe le droit naturel à l'existence d'un Être supérieur. Dieu est le créateur de l'homme et par le fait même, le créateur de la nature humaine. Ainsi, «la nature est remplacée par Dieu, la raison par la Révélation»¹². Le droit naturel est un présent de Dieu. Le droit n'aura jamais été plus proche de la morale religieuse. Au XIII^e siècle, Thomas d'Aquin jette un pont entre les philosophes païens et le droit chrétien. À ses yeux, deux chemins différents peuvent mener à la loi éternelle, soit la voie de la Révélation venue de Dieu, ou celle de la raison découlant de la nature¹³.

Ce retour au droit naturel relié à la nature humaine s'accentuera avec la théorie de Hugo de Groot, dit Grotius, qui laïciserait la doctrine du droit naturel¹⁴. Pour lui, les principes du droit naturel relèvent de la seule raison : «le droit naturel ne serait donc pas différent s'il n'y avait pas Dieu ou s'il se désintéressait des affaires humaines»¹⁵. Avec Grotius s'amorce la séparation du droit et de la morale religieuse. Les impératifs sociaux découlent de la conscience humaine. À cette époque, les théories évolutionnistes sont encore inconnues et la nature humaine est donc considérée comme immuable. Cette conception entraîne la création de normes naturelles d'une rigidité absolue qui seront à l'origine de nombreuses critiques et donneront naissance à la contestation philosophique de cette théorie.

10. CICÉRON, «De Republica», cité par C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit - Au-delà du positivisme juridique*, Paris, L.G.D.J., 1984, p. 11.

11. G. DURAND, «Histoire de la philosophie du droit, lignes de crête», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 30.

12. *Id.*, p. 32.

13. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil - Introduction générale*, 2^e éd., t. I, Paris, L.G.D.J., 1983, n° 12, p. 9.

14. *Id.*, n° 13, p. 10.

15. *Id.*

2 - Le déclin du droit naturel

Peu à peu, l'idée d'un droit naturel universel et immuable apparaîtra comme inacceptable. Les critiques les plus acerbes se manifestent au XIX^e siècle. On reprochera au droit naturel d'être à la fois inexact et inutile¹⁶. En effet, les communications terrestres et maritimes s'accroissent, ce qui permet de découvrir des écarts significatifs entre les différents systèmes de droit. Si la nature humaine est immuable, si le droit naturel découle de cette nature, il devrait logiquement être similaire sur tous les continents. Afin de minimiser cette critique, certains auteurs tentent d'élaborer une théorie du droit naturel «à contenu variable selon les civilisations»¹⁷. On aboutit alors à un droit naturel flou et imprécis qui lui vaudra une deuxième critique: on lui reprochera d'être inutile, car empreint de nombreuses contradictions.

Le droit naturel repose sur la morale universelle, ce qui implique «l'interdiction pour le législateur d'enfreindre le droit naturel et la possibilité pour les individus de résister aux lois injustes»¹⁸. Pourtant, la plupart des tenants du droit naturel s'opposent à l'idée que l'on puisse opter pour la désobéissance civile, alors que la logique commanderait de résister aux lois injustes puisqu'elles contredisent le droit naturel.

De plus, si l'on peut découvrir les normes de conduite dans la nature humaine, le droit écrit serait inutile; mais les naturalistes insistent sur la nécessité du droit écrit, notamment pour promouvoir les sanctions à l'endroit de ceux qui ne respectent pas les préceptes du droit naturel. Hans Kelsen, l'un des principaux détracteurs du droit naturel explique ainsi cette contradiction :

Si la nature humaine est la source du droit naturel, ils doivent admettre que l'homme est foncièrement bon, mais pour justifier la nécessité d'une contrainte sous la forme du droit positif, ils doivent invoquer la perversité de l'homme. Ainsi, ils ne déduisent pas le droit naturel de la nature humaine telle qu'elle est, mais de la nature humaine telle qu'elle devrait être ou telle qu'elle serait si elle correspondait au droit naturel. Au lieu de déduire le droit naturel de la vraie nature de l'homme, ils déduisent une nature idéale de l'homme d'un droit naturel dont ils supposent l'existence¹⁹.

Ces critiques ont fortement ébranlé la théorie du droit naturel et ont amené de nombreux juristes à la délaisser pour rallier le positivisme juridique.

16. *Id.*, n° 16, p. 12.

17. *Id.*, n° 18, p. 13.

18. *Id.*, n° 19, p. 13.

19. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Neuchâtel, Éditions de la Baconnière, 1988, p. 96.

B) L'émergence de la philosophie positiviste du droit, un rejet de la morale universelle

L'école du positivisme juridique est née en réaction au scepticisme engendré par les critiques formulées à l'égard du droit naturel. On rejette peu à peu l'idée d'un droit universel pour s'orienter vers un droit écrit, relatif à une certaine époque et à un territoire donné.

1 - L'assise du positivisme: les mœurs

Avec le positivisme juridique, s'amorce le premier changement radical à propos des fondements du droit. Alors que le droit naturel est fondé sur la croyance en Dieu ou dans une nature humaine particulière, le positivisme juridique repose sur les mœurs et *rejette la morale philosophique comme fondement du droit*. En s'attachant aux mœurs, le positivisme s'appuie sur «les comportements concrets des gens»²⁰. *On distingue les mœurs de la morale en disant que la morale renvoie aux comportements que l'on devrait avoir dans notre société, alors que les mœurs sont tout simplement les comportements que l'on a*. Les mœurs ne reposent aucunement sur une justification rationnelle. Certains comportements entrent dans nos mœurs sans qu'on sache exactement pourquoi, pour en ressortir quelques années plus tard de la même façon²¹. En conséquence, sous le positivisme juridique, les mœurs se modifient; on constate ce changement pour ensuite effectuer la mise à jour des codes et des lois. Les mœurs deviennent ainsi les assises de la philosophie positiviste.

Le positivisme a connu son apogée au XIX^e siècle, notamment en France, lors de la codification du *Code civil*. Napoléon lui-même disait: «Je suis monté sur le trône afin de mettre les lois en accord avec les mœurs»²².

Rappelons que le droit positif (droit écrit) existait à l'époque du droit naturel, mais qu'il était complètement dominé par la morale. Sous le positivisme juridique, seul le droit écrit est considéré comme la véritable norme juridique. En s'appuyant uniquement sur les comportements des gens, soit les mœurs, pour établir les règles juridiques, le positivisme rejette la morale universelle comme fondement du droit positif.

Des différences substantielles distinguent donc le positivisme juridique de la théorie du droit naturel. Pourtant, en dépit de ces distinctions, la philosophie positiviste n'a pas, elle non plus, échappé aux critiques.

20. G. DURAND, «Du rapport entre le droit et l'éthique», (1986), 20 *R.J.T.* 281, 284.

21. J. D'HONT, «L'éthique dans le monde comme il va» dans *Justification de l'éthique*, XIX^e Congrès de l'association des sociétés de philosophie de langue française, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1984, p. 25.

22. NAPOLÉON, «Manuscrit venu de Sainte-Hélène», cité par J. D'HONT, *Id.*, p. 26.

2 - Les principales critiques adressées au positivisme juridique

Les auteurs soulignent les lacunes de la philosophie positiviste. On critique le positivisme principalement de deux façons. On lui reproche d'abord son insuffisance pour comprendre et interpréter les règles juridiques et ensuite sa dangerosité²³.

En effet, la philosophie positiviste serait insuffisante car elle a eu pour conséquence de vider les règles juridiques de leur véritable contenu comme l'écrivent certains auteurs:

«Identifier le droit à la loi de l'État fournit une explication au caractère contraignant de la règle juridique, mais n'éclaire pas sur le contenu de celle-ci: d'où vient que la contrainte s'exerce dans tel sens plutôt que dans tel autre?»²⁴

D'ailleurs, voir tout le droit dans les lois de l'État conduit au culte de la loi et à l'approche légaliste de la justice. Faire reposer tout le droit sur les mœurs, nous prive d'un rôle que le droit pourrait jouer, soit celui de faire évoluer la société²⁵. En outre, le droit positif ne peut prévoir toutes les situations possibles. Il arrive souvent que les juges doivent avoir recours à d'autres concepts que le droit positif, comme la morale ou l'éthique, lorsque la loi est ambiguë ou silencieuse afin de s'acquitter de l'obligation qui leur est faite de rendre jugement²⁶.

Mais la critique la plus acerbe formulée à l'encontre du positivisme concerne la dangerosité de cette philosophie. En effet, le droit positif est souvent l'occasion de pressions et de luttes de pouvoir parmi les différents ordres sociaux. On connaît l'influence des groupes de pression sur les gouvernements. Or, toutes les classes sociales ne disposent pas des mêmes moyens pour se faire entendre, ce qui peut entraîner certaines injustices sociales.

De plus, éviter toute critique du droit uniquement parce qu'il se traduit par une loi peut nous conduire vers la dictature ou à accepter des lois intolérables sur le plan humain²⁷. Un tel phénomène s'est produit sous le régime politique de l'Allemagne nazie. Le procès de Nuremberg a particulièrement bien illustré l'insuffisance et le danger de la philosophie positiviste, comme l'explique le professeur Perelman:

23. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 13, n° 26, p. 20.

24. *Id.*

25. *Id.*

26. Art. 41.2 L.R.Q. c. 1-16 (ancien art.11 C.c.B.C.)

27. J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *op. cit.*, note 13, n° 28, p. 22.

«Mais cette conception du positivisme juridique s'écroule devant les abus de l'hitlérisme, comme toute théorie scientifique inconciliable avec les faits. Car la réaction universelle devant les crimes nazis obligea les chefs d'État alliés à instruire le procès de Nuremberg, et à interpréter l'adage *nullum crimen sine lege* dans un sens non-positiviste, la loi violée en l'occurrence ne relevant pas d'un système de droit positif, mais de la conscience de tous les hommes civilisés. La conviction qu'il était impossible de laisser impunis ces crimes horribles, mais qui échappaient à un système de droit positif, a prévalu sur la conception positiviste du fondement du droit»²⁸.

En fait, le procès de Nuremberg aurait été l'élément déclencheur d'une seconde transformation des fondements du droit. Il aurait ouvert la voie à la tendance humaniste.

C) La tendance humaniste, un nouveau rapprochement entre la morale et le droit?

Les philosophes et les juristes prennent conscience de l'échec du positivisme. Le droit se trouve dans une autre période de mutation. À notre époque, on commence à peine à réaliser cette transformation d'où l'impossibilité de parler avec réalisme et objectivité du changement qui s'amorce sous nos yeux.

Le droit moderne se caractérise par un engouement pour les droits et libertés de la personne. L'emballement se manifeste en 1948, au plan international, avec la *Déclaration universelle des droits de l'homme*²⁹. En 1960, le Canada adopte la *Déclaration canadienne des droits*³⁰, puis, en 1982, enchâsse dans la Constitution la *Charte canadienne des droits et libertés*³¹. Le Québec, pour sa part, édicte en 1975, la *Charte des droits et libertés de la personne*³².

Si tous sont unanimes à constater l'importance accordée aux droits fondamentaux, l'unanimité ne tient plus lorsqu'il s'agit d'établir le fondement philosophique de ces droits. Assistons-nous à l'émergence d'une troisième école, après celle du droit naturel et du positivisme, ou ne serait-ce là qu'une transformation de la philosophie positiviste?

28. C. PERELMAN, *Droit, morale et philosophie*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 1976, p. 69; L'expression *nullum crimen sine lege* signifie: il n'y a pas de crime sans texte.

29. Adoptée et proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution 217A (III) du 10 décembre 1948. Tiré de *Droits de l'homme, recueils d'instruments internationaux*, New York, Nations Unies, 1978.

30. S.C. 1960, c. 44.

31. *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 7.

32. L.R.Q., c. C-12.

Carbonnier semble opter pour la deuxième hypothèse, en parlant d'un «positivisme transcendanté»³³. Dans cette évolution du positivisme, l'État doit se reconnaître lui-même soumis au respect des droits et libertés de la personne et se conformer aux décisions judiciaires. La reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux de la personne protège le citoyen contre les décisions arbitraires³⁴.

Carbonnier reconnaît cependant que les droits de l'homme ne cadrent pas dans le positivisme traditionnel où l'État est le seul maître de la loi³⁵. D'autres auteurs, dont le professeur Durand, préfère parler d'une troisième tendance, la tendance humaniste, qu'il décrit comme suit:

«Entre les deux premières tendances s'en profile une troisième, qu'on pourrait appeler *humaniste*, pour qui la vérité réside moins dans l'opposition des deux réalités que dans leur conjonction. Le droit ne s'identifie ni aux mœurs, ni à la morale, mais il a des rapports étroits avec l'un et l'autre. Droit et morale sont deux réalités distinctes, autonomes, mais en relation étroite et dialectique»³⁶.

Cette troisième tendance se caractériserait donc par un rapprochement entre le droit et la morale. Ainsi, certains estiment donc que le fondement philosophique des droits de la personne nous ramène à la théorie du droit naturel³⁷. D'autres rejettent le droit naturel comme fondement des droits de l'homme puisque le positivisme en a démontré toutes les lacunes³⁸. Nous sommes encore loin d'un consensus sur le fondement des droits humains mais, dans le domaine de la philosophie du droit, les certitudes prennent de longues années à s'instaurer alors que le doute semble toujours présent.

Néanmoins, la philosophie du droit fait appel à des concepts tels le droit, la morale et l'éthique sans que l'on sache vraiment à quelles réalités ils nous réfèrent. Il est donc nécessaire avant de mesurer les rapports spécifiques entre l'éthique et le droit de bien circonscrire la portée réelle de ces concepts.

33. J. CARBONNIER, *op. cit.*, note 9, n° 41, p. 75.

34. *Id.*

35. *Id.*, p. 77.

36. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 101.

37. Voir à ce sujet L. PONTON, *Le droit naturel et les droits de l'homme*, Québec, Université Laval, 1988, 113 p. et P. PATENAUDE, «La loi: Instrument d'éducation populaire ou simple reflet de la volonté générale», dans *Droit et morale: valeurs éducatives et culturelles*, A. METTAYER et J. DRAPEAU (dir.), Montréal, Fides, 1987, p. 20.

38. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 28, p. 69.

CHAPITRE II: L'INFLUENCE DE LA MORALE SUR LE DÉVELOPPEMENT DU DROIT, DE L'ÉTHIQUE ET DE LA DÉONTOLOGIE

Nous avons indiqué antérieurement que le droit est un système normatif important dans notre société. Cependant, le droit est influencé par des règles morales, éthiques et déontologiques qui prescrivent, elles aussi, les attitudes et les comportements que chacun doit adopter pour maintenir la paix sociale.

Nous allons définir ces règles et indiquer les relations que ces différents concepts entretiennent les uns avec les autres, ce qui nous amènera à discuter de la concordance ou de la discordance existant entre le droit et la morale. Nous aborderons, ensuite, la notion «d'éthique» pour nous demander si elle s'identifie à la morale ou si elle ne réfère pas plutôt à une conception autonome. Nous compléterons cette étude sur l'influence de la morale en montrant brièvement comment elle sert de support à la déontologie.

A) La morale et le droit, concordance ou discordance?

L'évolution de la philosophie du droit a mis en évidence toute la polémique autour des relations entre la morale et le droit. Définissons d'abord le terme «morale» avant de discuter des principales distinctions entre le droit et la morale.

1 - Les différentes significations du terme «morale»

Le terme «morale» peut recevoir différentes significations selon le contexte dans lequel il est employé.

Dans un premier temps, la morale au plan philosophique, est orientée vers la recherche de ce que l'être humain doit faire pour atteindre le bien. Ce sont les valeurs qui fondent les normes et les comportements, qualifiés à leur tour de moraux ou d'immoraux. La morale a pour fonction de juger ces valeurs afin de s'assurer qu'elles soient conformes à la dignité humaine³⁹. *Dans cette perspective de la recherche d'un idéal, la morale est «la science du bien et du mal»⁴⁰.*

Mais, la morale nous réfère également à tout un système de règles de conduite. Il s'agit des comportements déduits de la réflexion morale telle que

39. P. GAUDETTE, «Éthique, morale, déontologie: une question de mots?», dans *L'éthique professionnelle, réalité du présent et perspectives d'avenir au Québec*, Cahiers de Recherche Éthique 13, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1989, p. 25.

40. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 12. Les italiques sont de nous.

décrite antérieurement, et interprétée par un groupe particulier d'individus. Dans cette optique, il est plus opportun de parler «des morales» que de «la morale»⁴¹. Les religions illustrent parfaitement bien ce que l'on entend par «les morales». Nous parlerons de morale catholique, protestante, juive, etc. Ces morales émergent parfois de la doctrine philosophique. Il s'agira alors de la morale kantienne, aristotélicienne⁴², etc.

Enfin, la morale renvoie aux comportements concrets des gens, aux efforts journaliers déployés pour être en accord avec les principes ou les valeurs auxquels un individu a choisi de croire⁴³. On parle dans cette hypothèse d'une morale de situation ou d'une morale appliquée qui se distingue des mœurs telles que nous les avons définies précédemment⁴⁴. En effet, rappelons que les mœurs ne reposent pas sur une justification rationnelle, il s'agit plutôt d'une habitude alors que la morale appliquée implique des gestes concrets, posés dans le but de répondre aux normes morales.

Il est essentiel de retenir ces différentes significations afin de déterminer à quelle réalité on se réfère et de saisir les distinctions entre le droit et la morale.

2 - Les distinctions entre le droit et la morale

Les auteurs tentent de dissocier, à travers les débats philosophiques, le droit de la morale afin de mieux saisir la portée exacte des termes⁴⁵.

On distingue traditionnellement le droit de la morale en fonction de leurs objets. La morale s'occupe de la conscience individuelle de l'homme et vise l'amélioration spirituelle; son objectif est de mettre les être humains sur la voie de la perfection. Le droit se préoccupe de la fin sociale, il vise l'aménagement des comportements collectifs pour en arriver à une organisation sociale paisible. La morale se préoccupe des individus alors que le droit s'intéresse à la collectivité⁴⁶.

L'auteur Guy Durand rejette cette distinction entre la morale et le droit. Pour lui, la morale s'intéresse également à la vie publique car elle vise la promotion de tous les êtres humains; le droit s'ingère dans la vie privée des

41. *Id.*, p. 15. Les italiques sont de nous.

42. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 25.

43. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 15.

44. *Supra*, p. 10.

45. Pour notre part, lorsque nous utilisons le mot «morale» et le mot «droit», sans en préciser davantage le sens, nous référons à la morale philosophique, la science du bien et du mal et au droit positif des sociétés industrialisées.

46. G. GIROUX, «L'éthique et le droit, convergence ou divergence en démocratie libérale?», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 15.

individus, notamment en ce qui concerne les conventions matrimoniales, les legs, la filiation, etc.⁴⁷.

On peut au contraire distinguer le droit de la morale par la sanction. Il y a une sanction au manquement à une règle de droit alors qu'il n'y en a pas lorsqu'on transgresse une règle morale. Le droit possède un caractère coercitif alors que la morale agit davantage par la persuasion ou par la répréhension⁴⁸. Le philosophe Jacques Ellul s'objecte à cette théorie. On ne doit pas, selon lui, ramener le droit à une fonction punitive qu'il n'exerce qu'en dernier ressort. Le rôle du droit ne se limite pas à sanctionner les écarts juridiques; il vise, en premier lieu, l'aménagement des comportements humains. La sanction «n'est pas le droit, c'est l'échec du droit»⁴⁹.

Finalement, on soulève la question de l'intention. La morale se soucie de l'intention de celui qui agit. Ainsi, celui qui fait le bien avec l'intention d'en tirer profit plus tard, perd tout mérite. Le droit, pour sa part, ne scrute pas la pensée profonde du transgresseur des règles juridiques. Le droit sanctionne les comportements extérieurs⁵⁰. Cette façon de voir est imparfaite, car elle fait peu de cas du droit criminel où l'intention coupable, la «mens rea», est indispensable à la condamnation du suspect. Le droit civil réfère aussi indirectement à l'intention lorsqu'il s'agit pour le tribunal d'évaluer la bonne ou la mauvaise foi des parties⁵¹.

Ces distinctions classiques entre le droit et la morale apparaissent donc contestables et elles sont contestées effectivement. Peut-on avoir recours à d'autres éléments pour les différencier? Chaïm Perelman relève plusieurs éléments intéressants⁵². Alors qu'en droit, il n'y a que le juge compétent qui peut se faire une opinion et rendre jugement, en morale le jugement est à la portée de tous⁵³.

La question du doute est traitée différemment en morale et en droit. «Alors qu'en morale, il suffit d'un soupçon pour entamer la réputation d'une personne, dans notre droit, le doute profite à l'accusé»⁵⁴.

En dernier lieu, on fait état de la précision obligatoire des normes juridiques et des décisions judiciaires en regard des jugements moraux. Le droit

47. G. DURAND, *loc. cit.*, note 20, p. 282.

48. H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, p. 38.

49. J. ELLUL, «Droit et morale», (1979) 17 *Recht und Moral*, 62, 63.

50. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 28, p. 185.

51. Exemples: arts 1404, 1559, 1632 *C.c.Q.*

52. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 28, p. 179.

53. *Id.*, p. 180.

54. *Id.*

repose sur une procédure stricte et la sécurité juridique exige une réponse claire. En morale, les normes sont plus vagues et les appréciations plus nuancées⁵⁵.

Un auteur, pour sa part, caractérise ainsi la morale:

«La morale fait appel à l'intériorité, à l'implication personnelle, à la conviction propre. Le geste oral n'est pas la simple conformité extérieure, c'est celui qui surgit de la conviction personnelle»⁵⁶.

Au contraire le droit ne cherche pas à convaincre, il force l'adhésion aux règles juridiques. La morale se caractérise par la recherche de l'idéalité. «Elle propose donc un idéal. Elle tire toujours vers un plus être»⁵⁷. Le droit «doit être réaliste. (...) Le droit vise la moyenne des gens. Il réduit donc ses exigences au minimum»⁵⁸.

La morale «s'intéresse non seulement au court terme, mais au long terme»⁵⁹. Le droit est en vigueur pour un temps donné jusqu'à ce qu'il soit modifié ou abrogé.

La morale «prend en considération aussi bien mon épanouissement personnel, mon bonheur que celui des autres. Elle vise à s'appliquer au monde entier...»⁶⁰. Le droit s'applique sur un territoire donné selon les règles juridiques en vigueur à cette époque⁶¹.

Bien que l'on puisse différencier sur certains aspects le droit de la morale, les deux concepts demeurent néanmoins profondément liés.

3 - Les relations entre le droit et la morale

Le droit et la morale sont des concepts interreliés parce qu'ils assurent un rôle commun, celui de régir les conduites humaines⁶².

De plus, certaines règles juridiques contiennent des valeurs et le droit positif traduit ces valeurs en règle de droit. Cependant, les valeurs intégrées dans le droit sont de deux ordres. Comme nous l'avons dit plus haut, le droit

55. *Id.*, p. 189.

56. G. DURAND, *loc. cit.*, note 11, p. 42.

57. *Id.*, p. 43.

58. *Id.*

59. *Id.*

60. *Id.*

61. R. SCHAEERER, «Droit, morale et axiologie» dans *Le droit, les sciences humaines et la philosophie*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1973, p. 281.

62. J. ELLUL, *op. cit.*, note 49, p. 70. On doit remarquer qu'on parle ici «des morales» et non pas de «la morale».

positif se fonde généralement sur les mœurs, ce qui permet au législateur d'édicter des lois parfois très contraignantes sans susciter de révolution. Mais, il se laisse parfois déborder par son rôle normatif des comportements lorsqu'il édicte des lois instaurant des normes considérées, par lui, comme idéales pour les citoyens. Dans ce cas, il s'agit d'une véritable confusion entre le droit et la morale⁶³. Cependant, cette façon de procéder s'avère dangereuse pour un État dont l'autorité pourrait être contestée par différents groupes sociaux. Pensons à la question délicate de l'avortement. La difficulté résulte du fait que, dans un cas comme celui-ci, le droit repose sur la morale plutôt que sur les mœurs.

Mais même lorsque le droit se veut moralisateur, il reste soumis à des contraintes qu'il ignore la morale et il se verra obliger de faire certaines concessions. Le droit, comme la morale, interdit l'homicide. S'il reste toujours immoral d'enlever la vie à un être humain, ce même geste ne peut dans tous les cas être illégal parce que le droit a aussi d'autres responsabilités que le respect de la vie humaine. Ainsi, le droit accepte la légitime défense et honore les soldats valeureux qui accomplissent leur devoir en tuant les ennemis de l'État. Dans les pays où l'on pratique encore la peine capitale, il est hors de question de punir les bourreaux⁶⁴.

Le droit, parce qu'il doit donner une réponse claire pour assurer la sécurité juridique⁶⁵, ne peut imposer des obligations aux citoyens dont il serait incapable d'évaluer l'exécution. Pensons au devoir moral de fraternité qui ne peut se traduire d'une façon effective en règle juridique⁶⁶.

Ces exemples montrent l'interrelation du droit et de la morale, et selon Callahan, cette interaction serait grandissante. Elle se caractérise par le fait que les problèmes moraux sont portés très rapidement devant les tribunaux, et que les frontières entre la morale et le droit ne sont plus délimitées⁶⁷. Cette interaction grandissante a donné lieu à une impressionnante littérature, dans laquelle on constate un changement de vocabulaire, le mot «éthique» est en voie de supplanter le terme «morale».

B) L'éthique actuelle, une notion différente de la morale

Se demander si l'éthique actuelle est différente de la morale, c'est s'engager dans une controverse philosophique. Les mots «morale» et «éthique»,

63. *Id.*, p. 66.

64. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 28, p. 181.

65. *Supra*, p. 18.

66. G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, Paris, L.G.D.J., 1955, p. 172.

67. D. CALLAHAN, «L'éthique biomédicale aujourd'hui», dans *Éthique et biologie*, Paris, C.N.R.S., 1986, p. 47, 48.

pour certains, sont de purs synonymes alors que pour d'autres, ils réfèrent à des réalités distinctes.

Une part de la difficulté est attribuable au fait que le mot «morale» puisse, à lui seul, être défini de plusieurs façons⁶⁸. Examinons les deux principales tendances avant d'expliquer sommairement la position que nous avons adoptée.

L'étymologie, très utile lorsqu'il s'agit de définir les mots, ne nous est d'aucun secours. En effet, le mot «morale» vient du latin «mores» et le mot «éthique», du grec «ethos», et «réfèrent tous les deux aux moeurs, à la conduite de la vie, aux règles de comportement»⁶⁹. L'ambiguïté développée au cours des ans repose en partie sur cette confusion étymologique. Pourtant, la recherche philosophique qualifie différemment les termes. Ainsi, Hans Kelsen affirme que:

«On peut regrouper l'ensemble des normes sociales autres que juridiques sous la dénomination de morale, et l'on peut nommer éthique la discipline qui entreprend de les connaître et de les analyser. (...) Il faut remarquer à ce propos que, dans le langage usuel (...) on confond très fréquemment la morale et l'éthique; et l'on rapporte à celle-ci une assertion qui en vérité ne vaut que pour celle-là, à savoir qu'elle règle la condition humaine, qu'elle établit des obligations et des droits, c'est-à-dire qu'elle pose autoritairement des normes; alors qu'en vérité l'éthique ne peut faire autre chose que connaître et analyser les normes morales posées par une autorité morale...»⁷⁰.

Ainsi, la morale prescrirait des normes alors que l'éthique aurait pour fonction de poser un jugement critique sur les normes issues de la morale. Cependant, certains rejettent cette distinction entre «morale» et «éthique». Appuyant leur thèse sur l'étymologie commune des termes et sur le fait que les deux mots seraient historiquement synonymes, ils désapprouvent l'utilisation du terme «éthique», dont le seul but serait d'accorder une permissivité accrue en regard des comportements individuels et sociaux⁷¹.

Les discussions entre les auteurs ont conduit à l'élaboration de deux tendances principales, soit la tendance française et la tendance anglo-saxonne⁷².

68. *Supra*, p. 15.

69. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 23.

70. H. KELSEN, *op. cit.*, note 48, p. 79. Voir également sur le même sujet M.E. AGAZZI, «Problèmes éthiques de la procréation artificielle», dans *Procréation artificielle, génétique et droit*, Zurich, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1986 p. 55.

71. J. B. D'ONORIO, «Biologie, morale et droit» (1986) J.C.P. 3261.

72. G. BOURGEAULT, *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales*, Montréal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1990, p. 53.

La tendance française préfère utiliser le mot «morale» alors que la tendance anglo-saxonne adopte à l'origine le terme «éthique».

À l'imbroglio philosophique s'ajoute une autre confusion engendrée par l'usage courant des termes et qui semble davantage lier l'éthique aux sciences humaines qu'à la philosophie. La morale renvoie à une norme abstraite alors que l'éthique se rapproche des comportements et des attitudes⁷³. On parle même d'une éthique de situation. Comment peut-on expliquer ce revirement dans l'usage des termes? En fait, il semble que le mot «morale» ait pris, vers la fin du XX^e siècle une connotation négative alors que l'éthique se chargeait d'une «dimension affective»⁷⁴ plus favorable à son utilisation par la doctrine contemporaine.

Le mot «morale» fut privilégié par les sociétés occidentales marquées par la langue latine et le catholicisme. Le mot «éthique» apparut au Moyen-Âge et s'imposa dans les pays de religion protestante⁷⁵. *La morale philosophique fut associée à la morale catholique qui prenait de plus en plus un sens péjoratif, invoquant l'idée du conformisme et de traditionnalisme, alors que l'éthique correspondait à une signification plus ouverte et innovatrice*⁷⁶. *C'est ainsi que l'éthique a fini par supplanter la morale dans l'usage courant.*

Nous avons vu antérieurement que la morale au plan philosophique correspond à la science du bien et du mal qui donne naissance à des «morales», dont les religions⁷⁷. Comme il y a souvent confusion entre ces divers aspects de la morale, on peut logiquement déduire que les auteurs voulant distinguer la «morale» de la morale religieuse, optent pour l'utilisation du mot «éthique». Cette position résulte du pluralisme idéologique qui caractérise les sociétés occidentales. La justification des comportements sociaux ne peut reposer sur une croyance ou sur une morale particulière (religieuse ou autre) ou même sur la recherche d'un idéal commun puisqu'on ne s'entend plus collectivement sur le contenu de cet idéal ou sur ce qu'est le Bien⁷⁸. L'éthique serait le résultat de l'évolution de la morale pour répondre à de nouveaux impératifs sociaux.

73. L. COTTE, «Droit médical, éthique médicale et déontologie» (1989) *Journal de médecine légale* 131, 133.

74. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 27.

75. *Id.*

76. *Id.*

77. *Supra*, p. 16.

78. A. FAGOT-LARGEAULT, «La réflexion philosophique en bioéthique», dans *Bioéthique, méthodes et fondements*, M.H. PARIZEAU (dir.), Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 4. Pour cette auteure: «Nous n'avons plus en commun, ni une tradition religieuse unanime, ni ce qui depuis le siècle des lumières en tenait lieu, une croyance en l'universalité de la loi morale inscrite au coeur de la nature humaine. Nous ne pouvons pas présumer que nous avons tous la même idée du Bien. Nous vivons le pluralisme. Il faut souvent tolérer pour des raisons morales, ce qu'on condamne soi-même pour des raisons morales».

Le pluralisme idéologique, protégé par la liberté de croyance, engendre donc une conception moderne de l'éthique, dénuée de tout caractère religieux ou idéaliste. Elle se traduit par une approche casuistique dans le respect maximum des différences individuelles. Dans un tel contexte sociologique, «la morale appartiendrait à la philosophie, tandis que l'éthique prendrait place et corps dans les débats interdisciplinaires»⁷⁹.

L'éthique, pluridisciplinaire, prend en considération les aspects sociologiques, économiques, philosophiques et moraux d'un problème particulier afin de justifier le plus rationnellement possible la solution privilégiée par la démarche éthique. *Ainsi, la morale nécessite, pour être fonctionnelle, un certain consensus social autour d'une idée du «Bien», ou de «l'idéal humain», alors que l'éthique moderne cherche à justifier rationnellement la légitimité de nos choix d'actions.* Cette justification rationnelle ne peut reposer sur une croyance ou sur une morale particulière puisqu'elle serait contraire au respect du pluralisme idéologique.

Nous croyons devoir souscrire, dans cette perspective, à la distinction faite entre la morale et l'éthique. Ainsi, l'éthique prend aujourd'hui le relais de la morale comme régulateur des comportements individuels et sociaux. Doit-on s'inquiéter de ce changement? Avons-nous raison d'abandonner la recherche d'un idéal commun au plan social? Devons-nous orienter notre choix vers «le monde meilleur parmi les mondes possibles»⁸⁰, en se résignant à ne jamais trouver le meilleur des mondes? Voilà ce qui constitue l'essentiel du débat philosophique auquel les sociétés occidentales sont confrontées présentement.

Néanmoins, l'éthique a le mérite de proposer des solutions acceptables aux problèmes modernes. La démarche s'avère ardue puisque ces solutions doivent répondre aux besoins à la fois des individus et de la société. En outre, l'éthique multidisciplinaire met en contact de nombreux professionnels, ce qui suppose une réflexion sur leurs attitudes et leurs comportements qui relève souvent de la déontologie.

C) La déontologie moderne, une théorie hybride issue de la morale et du droit

Le terme «déontologie» est issu des mots grecs «déontos» et «logos», signifiant «ce qu'il faut faire» et «discours». Étymologiquement la déontologie est donc le discours de ce qu'il faut faire⁸¹. Le mot fut créé par Jeremy Bentham

79. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 52.

80. G. A. LEGAULT, «Droit et bioéthique: l'inscription du sens», dans M.H. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., p. 103.

81. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 24.

au XX^e siècle «pour désigner l'étude de ce qui est convenable au plan général de la vie sociale et du bien public»⁸². La déontologie, à cette époque, se rapproche énormément de la morale. Cependant, au fil du temps, on l'associe à un secteur particulier de l'activité humaine, celui des professions.

Il n'est pas sans intérêt de suivre, en premier lieu, l'évolution de la déontologie pour mieux comprendre la conception contemporaine de cette notion.

1 - Évolution et conception contemporaine de la déontologie

La déontologie peut se définir comme «la partie de l'Éthique traitant des devoirs moraux que crée, pour un individu, l'exercice d'une certaine profession»⁸³. Les règles morales, régissant les comportements de ceux qui exercent un rôle social particulier, sont établies depuis des millénaires. On en retrouve les traces dans les civilisations les plus anciennes, particulièrement en ce qui concerne la déontologie médicale considérée comme l'ancêtre de la déontologie moderne⁸⁴.

L'anthropologie révèle que la déontologie remonte aux civilisations de Sumer et de Babylone qui se développèrent, trois mille ans avant Jésus-Christ, dans la vallée du Nil et en Mésopotamie⁸⁵. Sous l'influence des civilisations grecques, la médecine a évolué vers des considérations philosophiques⁸⁶. Un changement majeur s'amorce avec la contribution d'Hippocrate à la déontologie médicale. Les préceptes déontologiques connus sous le nom de «serment d'Hippocrate» datent du IV^e ou V^e siècle avant notre ère⁸⁷. Il introduit l'obligation pour le médecin de respecter le malade, de préserver le caractère confidentiel des informations reçues et d'honorer la profession. Peu à peu, d'autres codes apparaîtront, tels que le Traité de Perceval, le Code de Nurembourg, la Déclaration d'Helsinki, etc.⁸⁸.

Lentement, on codifie les préceptes moraux relatifs à l'exercice de la médecine; puis, la déontologie s'étend à d'autres professions comme le droit,

82. L. COTTE, *loc. cit.*, note 73, p. 134.

83. F. MARCOUX, *Droit médical et déontologie*, Paris, Librairie Maloine S.A., 1970, p. 73.

84. *Id.* L'auteur Marcoux écrit à ce sujet: «L'origine de la déontologie se confond avec celle de la médecine. En effet, dans les millénaires qui ont précédé notre ère (...) les préceptes moraux en usage dans la profession médicale étaient déjà édifiés. Transmis de maître à disciples, ils inspiraient la conduite de ceux qui avaient la vocation de soigner».

85. *Id.*, p. 74.

86. *Id.*, p. 75.

87. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 189. Le serment d'Hippocrate, encore prononcé par les médecins lors de leur admission dans la confrérie, constitue un engagement, de la part des professionnels, de donner assistance à tous ceux qui auraient besoin de leurs soins.

88. *Id.*

l'architecture, la pharmacologie, etc. Les obligations imposées aux professionnels s'accompagnent de certains privilèges tels que la reconnaissance sociale et économique.

L'époque moderne fait apparaître la nécessité de rendre publiques les règles qui gouvernent les comportements des professionnels, d'où la naissance des codes de déontologie. Le droit positif envahit la déontologie par la reconnaissance juridique des normes morales contenues dans les codes déontologiques⁸⁹.

Les codes de déontologie contiennent de véritables règles juridiques ayant comme effet, entre autres, d'entraîner des sanctions. Nous sommes passés des règles coutumières aux règles codifiées et on se rapproche ainsi du droit pénal où il n'y a pas de faute sans un texte qui la prévoit expressément⁹⁰.

Les fondements essentiels des codes de déontologie reposent d'abord sur des valeurs morales, d'où le caractère hybride de la déontologie moderne. Une fois codifiée, la règle s'impose aux professionnels; *elle prend la forme du droit et son contenu réfère à la morale, comme système normatif des comportements, plus qu'à l'éthique comme réflexion critique sur le comportement à adopter*, ce qui nous amène à distinguer l'éthique professionnelle de la déontologie. Cette dernière «se situe spontanément dans la sphère du consensuel et du législatif, identifiant les devoirs qu'une profession croit devoir assumer à un moment donné de son histoire⁹¹, alors que l'éthique professionnelle désigne «un effort de réflexion sur les déontologies existantes afin de les critiquer et de les renouveler...»⁹².

L'éthique professionnelle, beaucoup plus large que la déontologie, amène le professionnel à s'interroger sur les actes qu'il pose, alors que la déontologie, devenue une norme réglementaire, impose au professionnel un comportement obligatoire.

La réflexion issue de l'éthique professionnelle se confronte aux mêmes difficultés que celles rencontrées dans l'établissement des fondements du droit moderne. Les professionnels constituent une collectivité à l'image de la société, c'est-à-dire pluraliste, rendant difficile l'intégration, par eux, de normes communes. La réflexion éthique sur la déontologie s'amorce à peine, ce qui explique que les règles morales rencontrées dans la plupart des codes de

89. F. Marcoux, *op. cit.*, note 83, p. 88.

90. L. BERGEAT, «La faute disciplinaire sous le Code des professions», (1978) *R. du B.* p. 3, 11.

91. P. GAUDETTE, *loc. cit.*, note 39, p. 29.

92. *Id.*

déontologie se ressemblent encore considérablement. Dans cette optique, nous traiterons brièvement des valeurs morales sur lesquelles reposent la déontologie.

2 - L'idéologie sous-jacente à la déontologie

L'idéologie sous-jacente à la déontologie repose sur des valeurs morales héritées de la tradition judéo-chrétienne⁹³. *Le véritable fondement de la déontologie repose sur la conscience professionnelle, aboutissement de l'intégration de normes morales particulières par des individus généralement éduqués d'une manière conformiste*. L'assimilation par les professionnels des valeurs traditionnelles les force à adopter une conduite appropriée, c'est-à-dire conforme à celle d'une personne capable d'exercer, sur elle-même, un contrôle moral efficace⁹⁴. Dans cette optique, les codes et les comités disciplinaires ne joueraient plus qu'un rôle supplétif puisque le professionnel serait un individu imprégné du sens du devoir et capable de bien agir sans qu'il soit nécessaire d'avoir recours aux pressions ou aux sanctions⁹⁵.

On peut certainement s'interroger sur la correspondance entre la réalité des rapports professionnels modernes et la conception idéaliste du professionnel qui le guiderait dans ce dernier cas vers le respect de ses clients, du secret professionnel, vers l'altruisme, le dévouement et le désintéressement. Cependant, de telles qualités morales s'avèrent encore nécessaires à cause des connaissances techniques et scientifiques dont le professionnel est le détenteur exclusif⁹⁶. Même si le professionnel trouve sa plus grande satisfaction dans le travail consciencieux et dans le sentiment d'avoir accompli son devoir⁹⁷, des transformations majeures en regard de l'activité professionnelle nous amènent à remettre en cause l'efficacité d'une conception élitiste de la déontologie et à nous interroger sur la nécessité d'un renouvellement déontologique.

3 - La nécessité d'un renouvellement déontologique

On peut s'interroger, en premier lieu, sur l'efficacité réelle de la déontologie telle que définie antérieurement. En effet, les professionnels sont souvent confrontés à des problèmes particuliers pour lesquels les codes ne sont d'aucune utilité. Dans le domaine médical, par exemple, on soulève les

93. L. O'NEIL, «Déontologie : pour la mise à jour de l'héritage», dans *L'Éthique professionnelle, réalité du présent et perspective d'avenir au Québec*, Cahiers de Recherche Éthique 13, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1989, p. 32.

94. G. DUSSAULT et L. O'NEIL, *La déontologie professionnelle au Québec*, Laval, Cahiers de l'I.S.S.H., 1977, p. 143.

95. *Id.*, p. 144.

96. *Id.*, p. 147.

97. L. O'NEIL, *loc. cit.*, note 93, p. 33. Ainsi, la tradition est à l'effet que l'on parle, dans son cas, d'honoraires plutôt que de paiement ou de rémunération. Le concept d'honoraires référant plutôt à l'idée d'un dédommagement pour une personne qui agit de façon altruiste.

dilemmes engendrés par les questions de l'avortement, de l'euthanasie, du droit à la vérité pour un patient atteint d'une maladie incurable, etc.

En outre, les codes de déontologie axés sur les rapports entre le professionnel et son client ou patient, particulièrement dans le cadre de la pratique privée, ne répondent plus à la réalité, caractérisée par la diversification de la pratique professionnelle.

D'une part, on assiste à une spécialisation accrue des professionnels, tel le spécialiste qui consacre tous ses efforts à l'étude des nouvelles technologies de la reproduction, l'avocat qui limite sa pratique au droit criminel, le psychiatre qui agit principalement à titre d'expert pour la Cour, etc. La spécialisation entraîne, en conséquence, des difficultés dans la rédaction d'un code qui doit être identique pour tous les membres d'une même profession. C'est peut-être ce qui explique pourquoi les codes se contentent généralement de référer à des valeurs morales telles que l'honnêteté et la justice, des concepts en soi fort importants, mais faut-il rappeler qu'un code de déontologie doit indiquer les comportements à adopter ou à proscrire pour être honnête et juste⁹⁸.

D'autre part, plusieurs professionnels sont maintenant des salariés syndiqués. Cette situation peut entraîner des conflits de valeurs entre les règles déontologiques et syndicales. Le travail professionnel à titre de salarié ne fait pas disparaître les obligations morales, mais dans ce contexte, elles seront «assumées collectivement dans des unités où interviennent plusieurs catégories de praticiens, des directeurs de service, des secrétaires, des documentalistes, etc.»⁹⁹.

Les professionnels subissent également les pressions du milieu social caractérisé par le culte de l'argent et de la réussite sociale. Cette situation rend difficile l'application de codes prônant l'altruisme et le désintéressement professionnel comme le constatent d'ailleurs les auteurs Dussault et O'Neil :

«Selon une estimation communément répandue l'argent est le signe du succès, la preuve de l'intelligence, de l'ingéniosité et du travail. Les signes extérieurs de richesse font partie des critères qui distinguent les professionnels compétents de ceux qui ne le sont pas»¹⁰⁰.

Enfin, comme on l'a constaté antérieurement, il n'y a plus dans nos sociétés occidentales de consensus moral sur les valeurs à privilégier. Nous vivons le pluralisme et cette situation rend excessivement difficile

98. G. DUSSAULT et L. O'NEIL, *op. cit.*, note 94, p. 53.

99. L. O'NEIL, *loc. cit.*, note 93, p. 34.

100. G. DUSSAULT et L. O'NEIL, *op. cit.*, note 94, p. 151.

l'établissement de règles déontologiques pouvant faire l'unanimité chez les professionnels¹⁰¹. Les valeurs matérialistes ont envahi l'ensemble des professions, ce qui rend encore plus nécessaire l'intervention de l'éthique pour réévaluer l'efficacité des règles déontologiques.

En effet, tous ces éléments réunis permettent de douter de l'efficacité des codes de déontologie actuels qui apparaissent comme déphasés. En fait, le caractère individualiste et élitiste de la déontologie semble révolu. On doit s'orienter vers une optique plus sociale¹⁰² et réaffirmer le désintéressement professionnel et la nécessité d'une prise de conscience sociale de la part des professionnels. La déontologie traditionnelle conçoit le devoir professionnel dans le cadre d'une pratique individuelle, laissant peu de place à la réflexion sur les impacts sociaux de la pratique professionnelle, d'où l'importance accordée à l'intégrité et à la conscience professionnelle. Cette approche restrictive de la déontologie empêche les professionnels de voir les situations contradictoires où ils se trouvent parfois placés¹⁰³. La déontologie prône le service au public, mais s'agit-il de services individuels ou collectifs? Quand une région éloignée, par exemple, est privée de certains services médicaux, la «corporation» professionnelle des médecins doit-elle encourager l'établissement des médecins en région ou doit-elle se limiter à défendre les droits acquis et la liberté d'établissement des médecins? Dans l'optique d'une déontologie sensible aux conséquences sociales de la pratique professionnelle, l'idée de service au public ne signifie pas seulement que chaque professionnel doit dispenser des services de qualité au public, mais également que les professionnels doivent s'assurer que la majorité des bénéficiaires reçoivent des services de qualité.

Le renouvellement déontologique passe donc par le développement de la conscience sociale des professionnels. Le passage de l'individualisme au collectivisme est rendu nécessaire par le développement technologique et les problèmes sociaux auxquels nous devons faire face. La protection de l'environnement, la propagation du sida, les manipulations génétiques constituent autant de questions qui nécessitent une approche collective et multidisciplinaire. Les codes actuels ne répondent pas ou peu à ces nouvelles réalités puisqu'ils demeurent encore aujourd'hui attachés à une morale individualiste¹⁰⁴.

Pourtant, malgré les failles de la déontologie, elle demeure un élément essentiel; elle est présentement un élément de contrôle, comme le droit positif, et doit devenir également un élément de socialisation et de responsabilité.

101. L. O'NEIL, *loc. cit.*, note 93, p. 35.

102. G. DUSSAULT et L. O'NEIL, *op. cit.*, note 94, p. 234.

103. *Id.*, p. 149.

104. L. O'NEIL, *op. cit.*, note 93, p. 37.

Les valeurs véhiculées par la déontologie sont précieuses et représentent un ensemble de normes et de principes humanitaires développés au fil des siècles. Ces principes demeurent valables malgré les mutations sociologiques contemporaines. À la déontologie individualiste, on doit ajouter un volet collectif pour élargir le rôle social des professionnels. C'est seulement de cette manière que les professions libérales pourront devenir libératrices¹⁰⁵. *L'éthique et la morale devront nécessairement venir au secours de la déontologie pour promouvoir ces valeurs collectives.*

Conclusion à la première partie

Dans notre première partie, nous avons retracé le rôle de la morale dans l'évolution des fondements du droit, ce qui nous a permis de constater que *le droit naturel reposait sur la morale alors que le positivisme juridique s'inspirait des mœurs*. Le fondement du droit moderne contemporain demeure ambigu. En effet, on sait qu'il ne s'identifie ni aux mœurs ni à la morale, mais qu'il procède de l'un et de l'autre par la reconnaissance des droits fondamentaux de la personne.

Après avoir défini et comparé la morale et le droit, nous avons constaté que l'utilisation du mot «éthique» a fini par remplacer le terme «morale» chez la plupart des auteurs. Il ne s'agit pas uniquement d'une question de terminologie puisque *la morale réfère au caractère d'idéalité. En morale, il y a une vérité morale vers laquelle doivent tendre les êtres humains. Cette morale donne naissance à des «morales», c'est-à-dire des systèmes normatifs organisés. L'éthique, du moins dans son sens actuel, réfère plutôt à une recherche consensuelle, à la justification rationnelle de nos choix individuels et collectifs*. Cette démarche éthique multidisciplinaire nous a finalement menés vers la déontologie. Constituée d'abord par des règles morales coutumières, celles-ci sont devenues par la suite des normes codifiées comme des règles de droit positif.

Après avoir examiné les concepts fondamentaux en matière de morale, de droit, d'éthique et de déontologie, nous pouvons maintenant étudier plus particulièrement les diverses interactions qui surviennent entre l'éthique et le droit.

105. *Id.*, p. 39.

DEUXIÈME PARTIE

LA CONVERGENCE INÉVITABLE ENTRE L'ÉTHIQUE ET LE DROIT

Nul ne peut contester le rôle social prépondérant du droit. Nous sommes d'ailleurs, aujourd'hui, inondés sous une avalanche de lois, de règlements et de directives administratives, comme si le droit était la seule structure capable de diriger nos actions¹⁰⁶. Cependant, le développement technologique et la reconnaissance constitutionnelle des droits fondamentaux conduisent à s'interroger sur la rationalité de ces règles juridiques.

L'éthique s'impose, à ce titre, de plus en plus comme un élément fondamental de ce questionnement. En réalité, l'éthique et le droit ont le même rôle, celui d'éclairer nos choix individuels et collectifs en vue d'un aménagement pacifique de la vie sociale. Les questions primordiales soulevées par l'éthique peuvent se résumer ainsi: devons-nous faire tout ce que nous sommes aujourd'hui en mesure de faire? Les découvertes scientifiques s'avèrent-elles aussi bénéfiques qu'on le laisse entendre? Si oui, pour qui le sont-elles et dans quels cas?

Le rôle de l'éthique consiste à justifier la rationalité de nos choix d'actions. Le droit, pour sa part, doit établir les aménagements juridiques garantissant l'exercice le plus complet et le plus réel de la liberté de chacun, dans le respect de l'intégrité et de la dignité de tous. Quelle sera la contribution de l'éthique à cette tâche difficile qui relève, en premier lieu, du domaine juridique? En plus de favoriser l'émergence des règles juridiques, l'éthique n'est-elle pas en train de s'affirmer comme le fondement du droit moderne?

C'est dans cette optique que nous consacrons notre deuxième partie à expliquer pourquoi la convergence entre l'éthique et le droit devient nécessaire pour favoriser une meilleure organisation de la société. Afin de mieux saisir les rapports particuliers de l'éthique et du droit, nous examinerons la fonction du droit positif en regard de la morale et de l'éthique. Nous verrons que le droit positif, parce qu'il est l'ordre normatif le plus élevé, confirme, interdit ou privilégie certains comportements qui ont été, dans un premier temps, imposés par «les morales» issues de la «morale philosophique». Puis, nous indiquerons pourquoi l'éthique a fini par supplanter la morale dans l'interprétation des règles juridiques à cause du pluralisme idéologique consacré par la Charte canadienne. Cette constatation nous conduira à délaisser le terme «morale» pour adopter celui d'«éthique» qui répond mieux aux exigences de notre époque. Nous

106. Voir à ce sujet : J. DUFRESNE, *Le procès du droit*, Québec, Institut québécois de recherche sur la culture, 1987, 127 p.

traiterons, ensuite, de la rencontre inévitable entre l'éthique et le droit dans le domaine des sciences biomédicales. Nous compléterons notre exposé en montrant les apports de l'éthique et du droit dans la recherche de solutions nouvelles pour répondre aux questions soulevées par les problèmes auxquels les sociétés occidentales sont confrontées présentement.

CHAPITRE I : LA FONCTION DU DROIT POSITIF DANS SES RAPPORTS AVEC L'ÉTHIQUE ET LA MORALE

Rappelons que nous avons déjà identifié le droit et les «morales» comme des systèmes normatifs¹⁰⁷. Néanmoins, le droit positif a préséance sur «les morales» et cette suprématie s'explique d'un point de vue sociologique; les règles juridiques s'imposent parce qu'elles s'intègrent à un ordre juridique, ce qui n'est pas le cas des règles morales. On reconnaît un ordre juridique au système chargé de créer et de gérer les normes. Le pouvoir de ce système se fonde sur la reconnaissance sociale qu'on lui attribue¹⁰⁸.

Selon le sociologue Guy Rocher, ce n'est pas la coercibilité ou l'efficacité des règles juridiques qui les distinguent des règles morales. Certaines religions ou sectes religieuses imposent parfois à leurs membres des normes très contraignantes dont l'efficacité est indiscutable. La primauté de la règle juridique ne provient pas de la règle elle-même, mais de l'organisation mise en place autour de la règle. En effet, la règle juridique émane d'un agent autorisé, le système législatif. Elle est soumise à un agent qualifié pour l'interpréter, le système judiciaire, et elle est mise en oeuvre par des agents en autorité, la police ou les fonctionnaires désignés à cet effet¹⁰⁹.

L'organisation sociale entourant le droit positif lui donne préséance sur les autres systèmes normatifs. Ainsi, le droit encadre «les morales». Pour leur part, les tribunaux jouent un rôle important dans l'interprétation du droit. Depuis longtemps, le droit confie aux juges le pouvoir d'interpréter la loi à partir d'un consensus social sur la portée du terme «morale», mais l'avènement de la «technoscience» engendre de nouveaux conflits entre les valeurs morales. De plus, le pluralisme idéologique consacré par les Chartes oblige les tribunaux à justifier leur décision en regard de l'éthique plutôt que de la morale. Cette transformation sociale accroît le pouvoir des tribunaux, en leur confiant dorénavant un pouvoir éthique.

107. *Supra*, p. 16.

108. G. ROCHER, «Pour une sociologie des ordres juridiques», (1988) 29 *C. de D.* 91.

109. *Id.*, p. 105.

A) Le droit, un encadrement «des morales»

Le caractère ultime de la règle juridique conduit le droit à confirmer, à interdire ou à privilégier, dans certains cas, des comportements qui se sont d'abord imposés comme des normes morales issues de la morale philosophique. Illustrons brièvement ces différentes situations.

Le *Code civil du Québec* confirme plusieurs valeurs morales telles que le principe de l'inviolabilité de la personne humaine¹¹⁰ ou l'impossibilité pour une personne ayant une conduite notoire d'être nommée tuteur¹¹¹. On trouve aussi dans le droit de la famille d'autres exemples comme l'obligation de respect et de fidélité entre les époux¹¹² et le devoir pour l'enfant de respecter ses parents¹¹³, etc.

Le droit interdit, le plus souvent, des actes considérés comme contraires à la morale philosophique. Tout le droit criminel repose sur ce principe. On en retrouve également plusieurs illustrations en droit privé. L'article 25 du *Code civil du Québec* interdit la vente d'une partie du corps non susceptible de régénération. Le nouveau *Code civil du Québec* introduit de nouvelles prohibitions telles que l'impossibilité de recevoir une contrepartie financière autre qu'une indemnité compensatoire pour avoir participé à une expérimentation¹¹⁴, ou l'interdiction des conventions de procréation ou de gestation pour autrui.¹¹⁵

Le droit doit également privilégier certaines normes morales au détriment des autres. Le caractère supra législatif de la Charte canadienne en est un exemple particulier. On peut également en citer d'autres, notamment l'article 39 de la *Loi sur la protection de la jeunesse*¹¹⁶ qui oblige toute personne, même liée par le secret professionnel¹¹⁷, à signaler au directeur de la protection de la jeunesse la situation d'un enfant soumis à de mauvais traitements physiques ou à des abus sexuels.

Le droit apparaît, en dernier ressort, comme norme ultime à laquelle tous les citoyens sont soumis. Le droit doit assumer cette fonction pour contrer les abus et assurer une certaine uniformité des comportements susceptibles de

110. Art. 10 du *C.c.Q.*

111. Art. 179 *C.c.Q.*

112. Art. 392 *C.c.Q.*

113. Art. 597 *C.c.Q.*

114. *Id.*, art. 25 *C.c.Q.*

115. *Id.*, art. 541 *C.c.Q.*

116. *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., c. P-34.1.

117. Exception faite de l'avocat qui reçoit ces informations dans l'exercice de sa profession.

favoriser la paix sociale. Le droit positif réfère, quelquefois, directement à une règle morale en laissant les tribunaux interpréter le sens des règles juridiques.

B) De la décision morale à la décision éthique, le rôle accru des tribunaux

Le droit confie aux tribunaux le pouvoir d'interpréter la loi. Il n'y a pas si longtemps, un certain consensus social existait sur les valeurs morales à privilégier. La morale philosophique se traduisait par «des morales» qui imposaient à la majorité des citoyens les comportements à adopter et les juges pouvaient fonder leurs décisions sur des valeurs morales partagées par la collectivité. L'éclatement du consensus social force dorénavant les tribunaux à interpréter le droit d'une façon séculière, dans le respect des différences individuelles. C'est dans cette perspective que l'on peut dire que nous sommes passés d'une décision judiciaire fondée sur la morale à une décision judiciaire fondée sur l'éthique.

1- La décision morale antérieure fondée sur un consensus social

Le juge, lorsqu'il est saisi d'un litige, a l'obligation de juger. L'article 41.2 de la *Loi sur l'interprétation*¹¹⁸ se lit ainsi:

«Le juge ne peut refuser de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi».

Lorsque la loi est insuffisante, obscure ou silencieuse, le juge peut invoquer le précédent judiciaire. Mais, s'il ne trouve pas dans la jurisprudence la réponse espérée, il peut créer une fiction juridique. Dans la mise en place et dans l'interprétation de cette fiction, le juge est influencé par les valeurs morales de la société et par ses conceptions personnelles de la justice. Dans un tel cas, l'interprétation du juge doit rencontrer l'assentiment de l'ensemble des citoyens. Les tribunaux obtiennent l'approbation de la société en démontrant l'équité de leurs jugements et maintiennent ainsi la paix judiciaire¹¹⁹.

La loi peut aussi laisser au juge le soin d'apprécier le litige à partir d'une règle morale. L'exemple le plus connu est, sans aucun doute, l'article 13 du *Code civil du Bas Canada* :

«On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public ou les bonnes moeurs».

118. L.R.Q. c. 1-6.

119. C. PERELMAN, *op. cit.*, note 10, p. 64.

Le législateur a choisi, en qualifiant de «bonnes» les mœurs, de laisser au juge l'opportunité d'évaluer ce qui est considéré comme moralement acceptable par l'ensemble des citoyens. De la même façon, le droit criminel laisse au juge une marge de manoeuvre appréciable relativement à la fixation de la peine selon la gravité morale du délit. Le domaine des obligations, en droit privé, exige du tribunal l'évaluation de la bonne ou de la mauvaise foi des parties¹²⁰. En responsabilité civile, il doit aussi juger du caractère fautif des comportements donnant lieu à la poursuite judiciaire¹²¹. Certains jugements en droit de la famille montrent le souci d'équité des tribunaux, notamment dans la répartition des biens entre les ex-conjoints¹²².

Il y a quelques années, des règles morales établies auxquelles adhéraient une majorité de citoyens facilitaient grandement le rôle des juges. Mais cette époque semble révolue. Nous vivons le pluralisme idéologique et la définition des «bonnes mœurs» et de la «bonne conduite» devient plus complexe que jamais. Les juges sont conscients de la difficulté d'agencer un droit présentement en mutation avec des règles morales devenues pluralistes¹²³. Confrontés à la diversité des idéologies et au respect des différences individuelles, forcés de justifier toutes limitations aux libertés fondamentales¹²⁴ et obligés de juger, les tribunaux doivent faire des choix. Cette situation se traduit par une augmentation du niveau de difficulté dans l'exercice de la magistrature, mais elle s'accompagne également d'un pouvoir accru pour les juges.

2- La décision éthique contemporaine, un choix entre les différentes valeurs individuelles et sociales

Les juges exercent depuis l'adoption des Chartes une fonction très importante. Les tribunaux doivent dorénavant déterminer l'étendue de leurs pouvoirs, définir le contenu des droits et libertés protégés par la Constitution et fixer, à partir des litiges qui leur sont soumis, la priorité des valeurs fondamentales entre elles. Comment peut-on qualifier ce pouvoir? En réalité, le législateur a confié aux juges un véritable pouvoir éthique¹²⁵.

On a défini *l'éthique comme une justification rationnelle des choix individuels et collectifs*. Or, la fonction de juges consiste maintenant à clarifier

120. Art. 1404 C.c.Q.

121. Art. 1457 C.c.Q.

122. L. LEBEL, «L'éthique et le droit dans l'administration de la justice (ou le juge fait-il la morale?)», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des Éditions Fides, 1991, p. 167.

123. *Id.*, p. 163.

124. Art. 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée, note 7.

125. Voir à ce sujet: G. A. LEGAULT, «La fonction éthique des juges de la Cour suprême du Canada», (1989) 1 *Ethica* 95 duquel nous nous sommes largement inspiré.

les valeurs démocratiques protégées par la Charte. *Cette clarification ne doit pas reposer sur une conception morale ou religieuse particulière puisque la Constitution, en reconnaissant la liberté d'opinion, de conscience et de religion, interdit une telle interprétation.* Mais, la véritable fonction éthique des juges apparaît lorsqu'ils doivent se prononcer sur le caractère raisonnable d'une limitation à un droit fondamental¹²⁶. En se prononçant sur cette question, les tribunaux doivent privilégier certaines valeurs fondamentales aux dépens des autres et justifier rationnellement leurs conclusions.

La question controversée de l'avortement permet d'illustrer nos propos. L'arrêt *Daigle c. Tremblay*¹²⁷, rendu par la Cour d'appel du Québec, montre comment les juges s'acquittent de la fonction éthique dont ils ont hérité. Dans ce jugement, le tribunal reconnaît que le fœtus possède la personnalité juridique¹²⁸. Cette constatation l'oblige à choisir entre deux valeurs fondamentales, *le droit à la vie* du fœtus et *le droit à la liberté* de la mère de mener ou non à terme sa grossesse. Le tribunal conclut que le droit à la vie prime dans l'espèce sur le droit à la liberté de la mère. Pour le juge Bernier:

«... les motifs invoqués par l'appelante ne sont pas suffisamment sérieux pour priver l'enfant conçu au droit d'être porté à terme, et de naître. (...) Dans les circonstances, le fait que l'appelante ait rompu la vie commune ne constitue pas à mon avis, un motif suffisant pour mettre fin (...) à une grossesse aussi avancée»¹²⁹.

Le tribunal doit justifier les raisons qui l'amènent à opter pour le droit à la vie plutôt que le droit à la liberté, et selon Georges Legault:

«Cette question s'adresse directement aux finalités et à la rationalité qui justifie qu'un intérêt passe avant celui d'un autre. Or, cette évaluation de la rationalité des fins, est celle propre de l'éthique»¹³⁰.

C'est ainsi que les tribunaux lorsqu'ils interprètent les Chartes, fondent leurs décisions sur l'éthique. Un domaine particulier du droit semble prédisposé aux conflits éthiques, il s'agit du droit médical. Le développement spectaculaire des sciences biomédicales entraîne tellement de questionnements éthiques qu'il aurait donné naissance à une nouvelle discipline, la bioéthique.

126. *Id.*, p. 106.

127. [1989] R.J.Q. 1735.

128. Infirmé par la Cour suprême, [1989] 2 R.C.S. 530.

129. *Daigle c. Tremblay*, précité, note 127, 1735, 1739.

130. G. A. LEGAULT, *loc. cit.*, note 125, p. 108.

CHAPITRE II: LE DÉVELOPPEMENT DES SCIENCES BIOMÉDICALES COMME POINT DE RENCONTRE ENTRE L'ÉTHIQUE ET LE DROIT

Nous avons vu plus haut que la démarche éthique contribue à éclairer les décisions prises par les tribunaux dans l'interprétation des Chartes. La mise en oeuvre des nouvelles technologies médicales exige également des différents intervenants un effort de clarification des concepts et une justification rationnelle de leurs choix d'action. Il s'agit précisément, dans cette hypothèse, du processus éthique, et cette démarche a reçu pour nom «bioéthique».

Après avoir défini la bioéthique, nous illustrerons comment les sciences biomédicales enchevêtrent l'éthique et le droit. Puis, nous nous interrogerons sur la responsabilité éthique ou juridique relative à la normalisation des comportements en bioéthique.

A) L'évolution de l'éthique pour répondre à des interrogations nouvelles

Les développements spectaculaires de la biomédecine ont redonné la vedette aux questionnements éthiques occultés, depuis quelques années, par une vague de libéralisme idéologique. Les craintes engendrées par la «technoscience» ont provoqué des interrogations au plan de l'éthique. Ces discussions favorisent l'émergence d'un consensus autour de certains paramètres bioéthiques et mettent en relief l'importance du débat éthique.

1- Définition de la bioéthique

Le terme «bioéthique» aurait été créé par Van Potter et signifie, selon lui, «la rencontre du savoir biologique et des valeurs humaines»¹³¹. Plusieurs auteurs se sont ensuite approprié le terme, lui prêtant un sens particulier selon leur vision respective. Certains y voient, selon Guy Bourgeault, «le prolongement de l'ancienne morale médicale, dépassée dont elle prendrait le relais»¹³². Les philosophes et les théologiens y voient souvent une occasion de renouvellement de leurs disciplines¹³³. Les juristes y contribuent sous la pression des scientifiques désireux de voir leurs réalisations s'inscrire dans la légalité¹³⁴. Les sociologues, les psychologues, les économistes et les politiciens ne peuvent éviter le débat, car les impacts de la biomédecine se font sentir dans de

131. H. DOUCET, «La bioéthique comme processus de régulation sociale: la contribution de la théologie», dans M.H. P. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 79.

132. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 26.

133. *Id.*

134. *Id.*

nombreuses disciplines professionnelles montrant ainsi le caractère fondamentalement multidisciplinaire de la bioéthique¹³⁵. Alors qu'autrefois le moraliste avait le dernier mot sur l'acceptation ou le rejet des comportements qualifiés de moraux ou d'immoraux, il n'est plus aujourd'hui qu'un participant comme les autres dans le débat éthique¹³⁶.

La bioéthique est née dans les années soixante aux États-Unis «du constat de l'incapacité des morales en place - dont la morale catholique - à faire face à l'émergence de situations nouvelles dans le domaine biomédical»¹³⁷. Les théologiens et les philosophes ont tenté d'élaborer un discours nouveau et crédible dans une société dorénavant pluraliste et de moins en moins soumise aux préceptes moraux traditionnels. La démarche bioéthique s'est d'abord caractérisée par un effort «d'évaluation des circonstances»¹³⁸, conduisant à l'établissement d'une «éthique de situation biomédicale» préoccupée par une approche casuistique, n'excluant pas pour autant l'analyse rigoureuse et logique des situations problématiques. Peu à peu, le champ de la bioéthique s'est agrandi au fil des découvertes scientifiques. Cet élargissement de la bioéthique favorisa l'implication des spécialistes, mais également celle du public.

Un auteur, après avoir étudié le concept de bioéthique, en donne la définition suivante :

«Une autre école de pensée, à laquelle je m'associe, considère la bioéthique comme une approche nouvelle, orientée vers la prise de décision, des enjeux éthiques liés à l'utilisation croissante des technologies touchant directement à la vie humaine et à la santé»¹³⁹.

La bioéthique apparaît donc comme un secteur particulier de l'éthique moderne. Il s'agit de la clarification des concepts reliés à la biomédecine et de la justification des attitudes et des comportements en regard d'un problème biomédical.

Poursuivant son étude sur la bioéthique, le professeur Bourgeault énonce sept caractéristiques fondamentales de la bioéthique. *Premièrement*, il s'agirait d'un «champ plutôt qu'une discipline»¹⁴⁰. Ainsi, on ne doit pas chercher à élever la bioéthique au rang de science ou de discipline puisque foncièrement

135. *Id.*, p. 27.

136. H. DOUCET, «Droit et éthique en bioéthique», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 131.

137. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 26.

138. *Id.*, p. 27.

139. *Id.*, p. 28.

140. *Id.*, p. 29.

multidisciplinaire, elle ne doit pas devenir l'apanage exclusif des bioéthiciens. *Deuxièmement*, la bioéthique est une «approche définie par le développement des technologies»¹⁴¹. *Troisièmement*, elle concerne une «approche éthique plutôt que l'effort d'élaboration d'une morale ou d'une déontologie»¹⁴². L'éthique, comme nous l'avons mentionné antérieurement, ne se codifie pas et ne vise pas, comme la morale et la déontologie, l'établissement de normes considérées comme idéales dans une situation précise. L'éthique et la bioéthique proposent une réflexion sur la justification d'un comportement dans un cas précis, mais elles ne cherchent pas à instaurer cette justification comme modèle ultime pour les cas ultérieurs. *Quatrièmement*, la bioéthique apparaît comme «une approche casuistique orientée vers la prise de décision»¹⁴³. *Cinquièmement*, elle réside dans une «approche éthique séculière pour une société pluraliste»¹⁴⁴. Soumise, comme les autres, à l'obligation de respecter les droits fondamentaux de la personne, la bioéthique ne peut pas reposer sur une morale particulière : elle doit respecter le pluralisme idéologique. *Sixièmement*, elle est une «approche pluridisciplinaire et systématique»¹⁴⁵. *Septièmement*, la bioéthique consiste en un «acte démocratique»¹⁴⁶, puisqu'elle concerne chaque citoyen par sa manière particulière d'aborder la vie et la mort.

Si les développements technologiques sont la raison d'être de la bioéthique, on ne doit pas oublier que la biomédecine s'épanouit dans une société où les droits et libertés de la personne jouissent d'une popularité incontestée. Nous sommes entrés dans la tendance humaniste¹⁴⁷. La reconnaissance des droits fondamentaux par le droit positif accélère le processus éthique à l'égard de la biomédecine¹⁴⁸ et favorise l'émergence d'un consensus autour de certains paramètres bioéthiques.

2- Établissement d'un consensus autour de certains paramètres bioéthiques

Trois grands principes rencontrent l'assentiment des divers intervenants en bioéthique. Il s'agirait du «noyau dur»¹⁴⁹ de la bioéthique qui se traduit par

141. *Id.*

142. *Id.*

143. *Id.*, p. 30.

144. *Id.*

145. *Id.*

146. *Id.*, p. 31.

147. *Supra*, p. 12.

148. G. ROCHER, «La bioéthique comme processus de régulation sociale», dans M.H. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 56.

149. A. FAGOT-LARGEAULT, *op. cit.*, note 78, p. 5.

le respect de l'autonomie de la personne¹⁵⁰ et de la vie humaine ainsi que la non-commercialisation du corps et de ses organes¹⁵¹.

Le premier principe concerne donc le respect de l'autonomie de la personne, duquel résulte l'inviolabilité de la personne humaine. Tous les adultes juridiquement capables sont libres de se soumettre à des soins ou de participer à une expérimentation médicale. On ne peut passer outre à l'inviolabilité de la personne humaine sans obtenir un consentement libre et éclairé. Dans le cas des personnes incapables, il faut avoir recours au consentement substitut.

Le législateur avait déjà transformé en droit positif cette réflexion éthique par l'adoption des anciens articles 19 à 23 du *Code civil du Bas Canada*. Le nouveau *Code civil du Québec* reprend les mêmes principes aux articles 10 à 25 en y ajoutant d'autres précisions¹⁵².

La reconnaissance légale de ces principes oblige les juristes à se joindre aux éthiciens, aux philosophes et aux scientifiques pour interpréter le contenu de ces règles. Les juristes ont complété la réflexion éthique en établissant que les informations nécessaires pour l'obtention d'un consentement libre et éclairé doivent porter sur «la nature de l'acte, ses conséquences prévisibles, les risques éventuels, les autres traitements disponibles»¹⁵³. Pour être libre, le consentement doit être dénué de toute pression et de fraude. On doit porter une attention particulière aux populations captives comme les prisonniers, les militaires, les étudiants et les assistants de recherche, qui peuvent participer à une expérimentation par crainte d'être désapprouvés ou de déplaire¹⁵⁴. En ce qui concerne la recherche médicale non-thérapeutique, la jurisprudence accroît l'obligation d'information des médecins en leur imposant de dévoiler tous les risques connus, même rares ou éloignés, particulièrement s'il peut en résulter des conséquences graves¹⁵⁵.

Le deuxième principe bioéthique vise le «respect de la vie humaine». On peut s'interroger sur le sens à donner à ces termes. S'agit-il d'un respect absolu

150. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 40.

151. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 159, 165.

152. *Code civil du Québec*, précité, note 114. Cependant, on doit noter que le législateur semble avoir ouvert une brèche dans le principe de l'inviolabilité de la personne. En effet, l'article 44 du nouveau *Code civil du Québec* permet à deux médecins pouvant attester par écrit de l'urgence de la situation et de l'impossibilité d'obtenir un consentement, de prélever des organes sur une personne décédée. On peut s'interroger sur l'opportunité de permettre un tel accroc à l'inviolabilité de la personne humaine. L'urgence et la possibilité de sauver une vie sont peut-être des motifs suffisants pour justifier les modifications législatives, mais on doit faire preuve de prudence à cause des abus potentiels pouvant découler de cette entorse au principe de l'inviolabilité de la personne décédée.

153. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 43.

154. *Id.*, p. 44.

155. *Weiss c. Salomon*, [1989] R.J.Q. 731 (C.S.).

de la vie humaine lié à la reconnaissance du caractère sacré de la vie, présent de Dieu, interdisant à quiconque d'y porter atteinte¹⁵⁶? Ou s'agit-il plutôt d'une présomption en faveur de la vie, ce qui implique que, dans certains cas, on pourra décider de passer outre au respect de la vie?¹⁵⁷

Le respect absolu de la vie humaine, peu important les situations, apparaît en réalité comme un principe dépassé. Avant la médecine moderne, on pouvait s'en remettre au déroulement naturel de la vie et de la mort. Mais les nouvelles technologies médicales permettant la survie, pour une période indéterminée, des malades comateux ou dont la mort cérébrale a été constatée, nous invitent à redéfinir le caractère absolu du respect de la vie. Il semble généralement admis qu'on s'oriente plutôt vers une présomption en faveur de la vie. Une telle présomption a pour effet de renverser le fardeau de la preuve, en contraignant celui qui veut agir à l'encontre du principe de respect de la vie à justifier la légitimité de son choix¹⁵⁸.

La présomption en faveur de la vie et le respect de l'autonomie de la personne, nous conduisent nécessairement vers la démarche éthique dans les situations où le respect absolu des deux principes s'avère impossible. Dans cette hypothèse, peut-on tenir compte de l'élément «qualité» de la vie pour renverser la présomption en faveur de la vie? Si oui, qui a le pouvoir d'apprécier la «qualité» de la vie, le sujet lui-même ou la société? Évaluer la qualité de la vie d'un patient qui refuse l'acharnement thérapeutique peut être justifiable, mais cette notion devient plus inquiétante dans le contexte d'une médecine onéreuse qui semble de moins en moins accessible à tous. Tenir compte de la qualité de la vie ne doit pas déboucher sur une sélection des individus qui nous rapprocherait de l'eugénisme¹⁵⁹.

Le troisième grand principe bioéthique concerne la non-commercialisation du corps et de ses organes¹⁶⁰. Les nouvelles technologies de la reproduction font parfois appel à des tiers, qui agissent à titre de donneurs de gamètes mâles ou femelles, ou au transfert d'embryon ou à la gestation pour autrui. Les transplantations d'organes nécessitent le prélèvement des organes sur une personne décédée ou même sur un donneur vivant (rein, poumon, moelle épinière). Quel est le statut de ces organes ou de ces gamètes? Outre le respect de la vie, y a-t-il également une obligation de respecter le corps humain? On a vu, depuis quelques années, des féministes revendiquer le droit exclusif de

156. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 155.

157. *Id.*, p. 159.

158. *Id.*, p. 160.

159. Le législateur, conscient des abus possibles en ce domaine, accorde une attention législative particulière au consentement substitut, favorisant ainsi la protection des plus faibles. Arts 11, 12, 15, 16 et 19 *C.c.Q.*

160. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 165.

disposer librement de leur corps. Ce droit existe-t-il vraiment? Et si le droit à l'avortement existe, pourquoi ne pourrait-on pas inférer également un droit à la libre disposition de ses organes avant ou même après la mort? Le législateur québécois a rapidement pris position en plaçant le corps humain hors commerce¹⁶¹, adoptant ainsi la position européenne sur ce sujet. En effet, «l'Europe s'oppose aux États-Unis sur le principe de la non-commercialisation du corps humain»¹⁶².

Ces interdictions légales reconnaissent un principe élaboré par la morale catholique et intégré subséquemment par la bioéthique. La non-commercialisation des organes humains apparaît comme une conséquence du respect de la personne, de sa vie et de son corps.

Au Québec, un certain consensus semble acquis, du moins en théorie, en ce qui concerne le respect des trois grands principes bioéthiques dont nous venons de faire état. En pratique de nombreuses questions se posent sur l'applicabilité de ces principes pourtant reconnus par le droit positif. Leur mise en oeuvre montre pourquoi le droit ne pourra jamais remplacer l'éthique. *Il appartiendra toujours à cette dernière de justifier, de critiquer et parfois de dénoncer les comportements et les attitudes en bioéthique, même prescrits par le droit, d'où l'importance du débat éthique.*

3 - L'importance du débat éthique

Les grandes interrogations bioéthiques concernent la vie et la mort. Les chercheurs, stimulés par l'aspect métaphysique de la vie et de la mort, s'acharnent à en percer les mystères, multipliant au fil de leurs découvertes des possibilités insoupçonnées. On a dissocié la sexualité de la reproduction, engendrant des liens inhabituels de filiation¹⁶³. La modification au génome humain est maintenant possible alors qu'on ignore avec certitude les résultats d'une telle modification, etc. Comment ces nouvelles techniques peuvent-elles se concilier avec les principes reconnus en bioéthique? Nous devons, en premier lieu, clarifier certains concepts.

Tous reconnaissent, par exemple, le principe de l'autonomie de la personne humaine, mais l'unanimité s'effrite lorsque l'on tente de définir le concept de «personne». Le mot «personne» tire son origine du mot latin «persona» signifiant «masque, rôle»¹⁶⁴. Le mot a été introduit par la suite dans

161. Art. 20, 25 et 541 C.c.Q.

162. J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *Produire l'homme : de quel droit? - Étude juridique et éthique des procréations artificielles*, Paris, P.U.F., 1987, p. 274.

163. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 114. Voir à ce sujet, J.L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *id.*, p. 218.

164. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 81.

le langage juridique : on parle alors de la personnalité juridique. Sous le droit romain, seuls les citoyens romains portaient le titre de «personne», contrairement aux étrangers ou aux esclaves¹⁶⁵. Puis, le mot «personne» s'est appliqué à tous les êtres humains. On parle aujourd'hui des droits de la personne comme une garantie d'égalité entre les individus. Mais le débat n'est pas clos pour autant. Les développements technologiques nous amènent à préciser de nouveau le sens du mot «personne». On sait déjà que les mineurs sont des personnes malgré le fait qu'ils ne puissent exercer seuls certains droits, mais qu'en est-il du fœtus¹⁶⁶, de l'embryon, de la cellule somatique et des patients neuro-végétatifs ou comateux? Le droit protège la personne humaine, mais c'est à l'éthique qu'incombe la tâche de tracer les limites de l'applicabilité du principe, sinon on devra s'en remettre aux tribunaux pour exercer cette fonction.

Le droit protège la vie humaine de la même manière, mais à quel moment la vie devient-elle humaine ou cesse-t-elle de l'être? Est-elle un événement biologique rudimentaire ou nécessite-t-elle une certaine conscience de la réalité ou la capacité de communiquer?¹⁶⁷ Tout le débat sur la question de l'avortement repose sur cette question philosophique, soit qu'est-ce qui caractérise la vie humaine?

Les transplantations d'organes ont conduit les éthiciens et les médecins à modifier les critères de détermination de la vie et de la mort. Antérieurement, on considérait l'arrêt des fonctions vitales comme le signe du décès. Aujourd'hui, la mort cérébrale est le critère reconnu¹⁶⁸. L'éthique et le droit doivent donc s'adapter aux changements technologiques. L'éthique joue le même rôle à l'égard de la biomédecine qu'à l'égard des tribunaux car la bioéthique revendique à maints égards le modèle des droits fondamentaux.

Ainsi, le principe de l'inviolabilité de la personne humaine est consacré par l'article 7 de la Charte canadienne¹⁶⁹. Le traitement médical, parce qu'il constitue une atteinte à l'intégrité physique, nécessite le consentement du bénéficiaire. Un adulte capable peut refuser de se soumettre à des soins de santé. Mais l'inviolabilité de la personne peut-elle justifier le droit de se laisser

165. *Id.*

166. La Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que le fœtus n'est pas une personne dans *Borowski c. Attorney general of Canada*, (1987) 33 C.C.C. (3d) 402.

167. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 74.

168. *Regina c. Kitching and Adams*, [1976] 6 W.W.R. 697. Dans cet arrêt, la Cour recommande que les médecins puissent constater le décès en l'absence d'activité cérébrale pendant une période de 24 heures et que la mort soit constatée par deux médecins ne participant pas à la transplantation. L'article 22 du *C.c.B.C.* (devenu l'article 45 *C.c.Q.*) oblige deux médecins indépendants à constater le décès avant d'effectuer le prélèvement des organes.

169. M. HÉBERT, «L'application des Chartes canadienne et québécoise en droit médical», (1989) 30 *C. de D.* 495.

mourir?¹⁷⁰ Dans l'arrêt *Hôpital Notre-Dame*¹⁷¹, un individu s'était introduit un fil d'acier dans l'oesophage et refusait de consentir au traitement médical. Le juge Barbeau conclut de la façon suivante:

«De l'avis de la Cour le principe de l'inviolabilité de la personne humaine n'est pas absolu (...) Le respect de la vie, parce que conforme à l'intérêt même de la personne, prime le respect de sa volonté»¹⁷².

Pourtant, les tribunaux respectent généralement le principe de l'inviolabilité de la personne humaine même lorsqu'un refus de traitement risque d'entraîner la mort. Prenons comme exemples les Témoins de Jéhovah, auxquels la Cour a reconnu le droit de refuser une transfusion sanguine qui pourrait leur sauver la vie¹⁷³.

Cependant, lorsqu'il s'agit de personnes juridiquement incapables, les tribunaux acceptent plus difficilement de passer outre au droit à la vie et à la sécurité. Ainsi, ils n'hésitent pas à intervenir pour protéger la vie et la sécurité d'un enfant lorsque ses parents lui refusent l'accès à des soins de santé pour des raisons religieuses¹⁷⁴. La Cour considère également que le droit à la vie d'une enfant même très handicapée physiquement et mentalement l'emporte sur le droit des parents de refuser d'autoriser l'intervention chirurgicale, même s'ils plaident qu'il est dans l'intérêt de l'enfant de la laisser mourir¹⁷⁵. S'agit-il d'une protection abusive où les souffrances humaines ont peu d'importance? Craint-on de prendre une décision à l'encontre du droit à la vie dans un cas comme celui-ci? Est-il plus facile de prendre une décision en faveur de la vie? Veut-on plutôt prévenir des abus potentiels en exigeant une preuve déterminante pour renverser la présomption en faveur de la vie? Peut-être!

En ce qui concerne les adultes inaptes qui refusent de se soumettre à des soins psychiatriques, les tribunaux ont statué à plusieurs reprises que le droit à la sécurité de ces personnes l'emportait sur le droit à la liberté, car elles se trouvent à ce moment incapables de faire un choix rationnel¹⁷⁶.

170. *Id.*, p. 501.

171. *Procureur général du Canada c. Hôpital Notre-Dame et un autre, et Jan Niemiec*, [1984] C.S. 426.

172. *Id.*

173. *Malette c. Shulman*, (1990) 72 O.R. (2d) 417.

174. *Montreal Children's Hospital c. Wong*, (1975) R.P. 344.

175. *Re. Enfant Maude Goyette*, [1983] C.S. 429.

176. M. HÉBERT, *loc. cit.*, note 169, p. 501. Voir également *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion et le curateur public de la province de Québec et le procureur général de la province de Québec*, [1983] C.S. 438 et *Institut Philippe Pinel c. Blais*, [1991] R.J.Q. 1969 (C.S.).

La propagation rapide du sida soulève également un problème éthique considérable relatif au secret professionnel. Rappelons que le droit au secret professionnel est expressément prévu par la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁷⁷. On peut s'interroger sur le caractère absolu d'un tel droit. Par exemple, un médecin serait-il justifié, au plan éthique, d'aviser le conjoint d'un de ses patients séropositifs qui refuse de faire lui-même cette démarche? Le droit à la vie et à la sécurité de cette personne pourrait-il justifier une violation du secret professionnel? Le rôle de l'éthique est d'étudier la façon dont on peut aménager l'exercice de deux ou plusieurs droits dont la coexistence absolue s'avère impossible.

La «judiciarisation» de plusieurs situations en bioéthique favorise le débat public sur ces questions, mais il faut garder à l'esprit que la plupart des démarches éthiques se font d'une façon privée, à l'abri du système judiciaire. Des cessations de traitement se font régulièrement dans les hôpitaux québécois¹⁷⁸. Des parents, informés par une médecine obstétricale préventive des tares génétiques du fœtus, préféreront l'avortement à l'angoisse de donner naissance à un enfant handicapé dont la médecine moderne prolongera la vie dans une société qui n'aura probablement plus les moyens financiers de le prendre en charge. On pourrait multiplier ces exemples. Illustrons donc brièvement comment s'enchevêtrent l'éthique et le droit.

B) Illustrations de l'enchevêtrement de l'éthique et du droit

Les sciences biomédicales apparaissent comme un milieu d'observation privilégié des relations entre l'éthique et le droit. Nous verrons comment s'enchevêtrent l'éthique et le droit à l'aide de deux exemples concrets, soit la cessation de traitement et l'euthanasie ainsi que l'allocation des ressources rares en soins de santé.

1 - La cessation de traitement et l'euthanasie

Les tribunaux étaient saisis récemment du cas de *Nancy B.*¹⁷⁹, une jeune femme de 25 ans qui réclamait le droit de mettre fin au traitement qui la maintenait en vie. La publicité autour de ce cas a relancé le débat social au sujet de la délicate question de l'euthanasie. En réalité, la cessation de traitement et l'euthanasie soulèvent de vives controverses parce qu'elles mettent en cause l'opposition de deux principes bioéthiques, l'autonomie du malade et la présomption en faveur de la vie. À ces principes moraux et juridiques s'ajoutent les problèmes économiques, familiaux et médicaux. À quel moment un médecin

177. Art. 9 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, précitée, note 32.

178. P. LESAGE-JARJOURA, *La Tribune*, le 2 décembre 1991, p. B.1.

179. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, J.E. 92-132 (C.S.).

doit-il arrêter un traitement? Le patient peut-il imposer ses propres limites? Quel est l'intérêt de la société dans le débat? Dans un premier temps, on doit distinguer les notions en cause. La cessation de traitement (ou le refus de traitement) se définit de la façon suivante :

«... l'arrêt ou la non-initiation de soins thérapeutiques devenus médicalement inutiles pour assurer une guérison éventuelle ou même un contrôle efficace de la maladie»¹⁸⁰.

La cessation de traitement consiste à laisser le patient mourir lorsque des moyens raisonnables ne peuvent plus être utilisés avec une certaine probabilité de succès. Selon le D^r Jarjoura, «la condition du malade est non seulement irréversible, incurable, mais également terminale»¹⁸¹. La cause de la mort est la maladie et non la cessation de traitement. On laisse tout simplement la nature suivre son cours.

L'euthanasie, pour sa part, consiste en «l'acte positif de causer la mort de quelqu'un pour des raisons humanitaires»¹⁸². *L'euthanasie comporte un geste concret qui sera la cause de la mort, d'où l'expression «euthanasie active» en opposition à «l'euthanasie passive» qui réfère à la cessation de traitement.*

Même si l'on peut avoir l'impression que la société est maintenant plus tolérante à l'égard de l'euthanasie, le droit l'interdit dans la plupart des pays¹⁸³. Au Canada, l'article 224 du *Code criminel* empêche le médecin ou un tiers de faire ou de s'abstenir de faire une chose qui entraîne la mort d'un individu, si la mort de cette personne aurait pu être empêchée par l'utilisation de moyens appropriés. Néanmoins, l'article 11 du *Code civil du Québec* permet à une personne de refuser un traitement médical. Dans l'arrêt *Nancy B.*¹⁸⁴, le juge Dufour estime qu'il n'y a pas d'opposition entre ces deux articles dans le cas d'une personne capable qui refuse de consentir à un traitement médical. Ce droit découle de l'autonomie de la personne humaine. Selon le juge, on doit interpréter largement les articles du *Code criminel* et du *Code civil du Bas Canada* (à l'époque du jugement) afin de leur assurer une certaine cohérence¹⁸⁵.

Une interprétation large s'avère nécessaire pour éviter une application stricte qui conduirait à des absurdités juridiques. Cependant, l'éthique servira

180. P. LESAGE-JARJOURA, *La cessation de traitement - Au carrefour du droit et de la médecine*, Cowansville, Les éditions Yvon Blais Inc., 1990, p. 23.

181. *Id.*, p. 24.

182. *Id.*, p. 29.

183. *Id.*, p. 32.

184. Précité note 179. Dans cet arrêt, on réfère à l'ancien article 19.1 C.c.B.C. devenu l'article 11 C.c.Q.

185. *Id.*, p. 20.

de guide pour éviter une interprétation abusive. Ainsi, certains croient que l'autonomie du malade lui donne le droit de mourir dans la dignité et finissent par parler d'un droit à la mort¹⁸⁶. Nous pensons qu'une telle interprétation de l'autonomie de la personne peut conduire à des excès. Nous partageons l'opinion du D^r Jarjoura à l'effet que «mourir dans la dignité» n'est pas l'équivalent ni d'une mort naturelle, ni d'un droit à la mort¹⁸⁷. Mourir dans la dignité signifie que le médecin se gardera d'utiliser une technologie humiliante et harassante lorsque la mort est devenue inévitable. Mais le médecin est justifié d'utiliser la technique afin de diminuer la douleur et l'angoisse du patient. Cependant, mourir dans la dignité ne peut signifier un droit à la mort. Si l'être humain possédait un droit à la mort, cela signifierait que les autres devraient l'aider à exercer ce droit¹⁸⁸. Or, une telle interprétation est formellement rejetée par la jurisprudence et la Commission de réforme du droit du Canada «en raison du risque d'erreur possible dans le diagnostic, d'abus probables et des difficultés que pose le consentement éclairé»¹⁸⁹.

Refuser un traitement ou réclamer le droit de mourir suppose un consentement libre et éclairé. Or, dans le contexte médical actuel, on peut s'interroger sur le caractère véritablement libre et éclairé du consentement¹⁹⁰. La personne malade risque souvent d'être influencée par son médecin ou ses proches dans sa décision. Le malade incurable a souvent tendance à se considérer comme un fardeau pour sa famille et les conceptions personnelles du médecin peuvent également influencer sur la décision du malade de poursuivre ou non le traitement.

Mais le risque le plus flagrant d'abus concerne les personnes inaptes ou incapables. Qui parlera au nom des handicapés mentaux profonds, des comateux, des vieillards séniles? Et pourra-t-on réellement s'attendre à un véritable choix éthique? Ne sera-t-il pas tentant de se débarrasser de ces individus improductifs dans une société qui ne valorise plus que la compétition, la réussite sociale et financière? La société actuelle ne possède plus désormais les moyens de financer des grands principes de compassion et d'altruisme à l'égard des malades, des pauvres et des personnes démunies intellectuellement. La nécessité de donner un consentement libre et éclairé implique que le malade ait l'opportunité de faire un choix. Or, les restrictions budgétaires et certaines normes institutionnelles empêchent parfois un véritable choix éthique dans l'intérêt du malade. Quel est l'intérêt du débat entourant la nécessité ou l'inutilité de réanimer les personnes âgées, si l'institution où ils trouvent ne possède pas

186. A. COMPTE-SPONVILLE, «À propos de la vie, du droit et de la morale» dans *Éthique médicale et droits de l'homme*, France, Actes Sud, 1988, p. 277.

187. D. LESAGE-JARJOURA, *op. cit.*, note 180, p. 17.

188. *Id.*, p. 20.

189. *Id.*, p. 21.

190. *Id.*, p. 142.

de défibrillateur? Ou si l'institution a déjà établi une norme implicite ayant pour effet de ne pas réanimer les pensionnaires à partir de 65 ou de 70 ans? On pourra faire des conférences, tenir des colloques, former des comités d'éthique, mais il faudra bien admettre que l'aspect économique de la pratique médicale se taille une place importante dans le cadre de la bioéthique.

2- L'allocation des ressources rares en soins de santé

Plusieurs facteurs peuvent expliquer l'augmentation des coûts des soins de santé. Pensons au vieillissement de la population, au développement des technologies modernes permettant aux médecins de diagnostiquer et de traiter de nouvelles maladies¹⁹¹ et à la facilité d'accès aux services médicaux¹⁹². Tous ces facteurs accroissent les attentes de la population envers la médecine. Ce phénomène se produit dans un contexte économique présentement difficile où l'accessibilité universelle aux soins médicaux semble devoir être remise en cause. La perte de confiance des citoyens dans la justesse de l'administration gouvernementale force les personnes responsables à motiver leurs décisions budgétaires à l'égard de la population dont la «capacité de payer» est limitée¹⁹³. Les besoins sont de plus en plus nombreux et les ressources de moins en moins disponibles. De plus, la crainte des poursuites judiciaires favorise une pratique médicale préventive par l'administration de tests coûteux¹⁹⁴. Un médecin devrait-il refuser d'administrer le test de dépistage du sida à un patient s'il ne le considère pas comme une personne à risque?

Dans ce contexte, le législateur propose des solutions telles que le ticket modérateur et la privatisation de certains services de santé¹⁹⁵. Des restrictions à l'accessibilité aux soins de santé sont peut-être justifiables au plan économique, mais elles heurtent les principes juridiques du droit à la vie et à la sécurité, entraînant une démarche éthique de la part des juges dans l'évaluation du caractère raisonnable des limitations en cause¹⁹⁶. Le droit devient ainsi un facteur de l'augmentation des coûts de la santé qui amène des limitations à l'accessibilité, à leur tour évaluées par les juges à l'intérieur d'un processus éthique. L'allocation des ressources rares entraîne la confrontation des réalités économique, éthique et juridique.

191. S. NOOTENS, «La relation médecin-patient et les décisions de traitement», (1990) 20 *R.D.U.S.* 377, 382.

192. G. A. LEGAULT, «La responsabilité individuelle et la rareté des ressources en soins de santé», (1990) 20 *R.D.U.S.* 357.

193. *Id.*, p. 361.

194. *Id.*, p. 370.

195. *Id.*, p. 364.

196. *Supra*, p. 41.

Toutefois les décisions éthiques, en ce qui concerne l'allocation des ressources rares, ne relèvent pas uniquement du législateur. Dans les hôpitaux et autres organismes dispensant des soins de santé, plusieurs comités sont formés afin d'établir les règles de la gestion des ressources¹⁹⁷. Les comités d'éthique sont chargés d'établir les critères de sélection des patients qui auront accès aux services disponibles. Dans le cas des transplantations d'organes, l'établissement des critères de sélection des receveurs s'avère particulièrement difficile. Les principaux critères suggérés par les auteurs se résument ainsi, d'après le professeur Durand¹⁹⁸ : la première sélection doit se faire selon les critères médicaux; ensuite, on suggère différents éléments tels évaluer chaque candidat suivant son mérite social ou favoriser les plus démunis, ou encore privilégier à partir des statistiques ceux qui ont les plus grandes chances de survie ou à l'opposé les choisir au hasard ou même les laisser tous mourir¹⁹⁹. Ces solutions montrent les difficultés rencontrées dans l'établissement des critères de sélection. Devrait-on, par exemple, ainsi refuser la transplantation cardiaque à un fumeur invétéré qui refuse de faire de l'exercice?²⁰⁰ Doit-on refuser l'accès aux médicaments coûteux à un sidéen qui aurait eu un comportement sexuel irresponsable? Tous les jours, des personnes tentent, de bonne foi, d'implanter des normes afin de nous protéger contre des décisions arbitraires, ce qui nous amène à discuter de la délicate question de la responsabilité de la normalisation des comportements.

C) Créer la norme, une responsabilité éthique ou juridique?

Une réflexion s'impose sur les autorités habilitées à créer la norme en bioéthique. Doit-on «judiciariser» les processus décisionnels ou laisser des mécanismes de «régulations alternatives»²⁰¹ évaluer et prescrire les comportements à adopter?

Le contrôle éthique prend des formes variées selon les milieux où il s'installe. On pense, entre autres, aux comités d'éthique clinique ou à la recherche présents dans la plupart des hôpitaux. Le contrôle éthique émane d'une façon diffuse au contact des différentes pratiques biomédicales, entraînant la critique à son sujet. On reproche à la normalisation éthique d'être inefficace dans plusieurs situations car elle ne bénéficie pas de la force obligatoire de la

197. Voir à ce sujet G. ROCHER, «Y a-t-il des normes d'allocation des équipements coûteux en milieu hospitalier?», (1990) 20 R.D.U.S. 219.

198. G. DURAND, «Les critères de sélection des candidats aux traitements coûteux» (1990) 20 R.D.U.S. 395.

199. *Id.*, p. 401-402.

200. G. LEGAULT, *loc. cit.*, note 192, p. 368.

201. G. DURAND, «Droit et régulation alternative», dans M. H. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 87. On entend par «régulations alternatives» des systèmes normatifs qui engendrent des règles de conduite, et cela d'une façon alternative au droit.

norme juridique²⁰². Elle serait efficace seulement dans la mesure où les différents intervenants acceptent de s'y conformer. Mais la plus grande critique à l'encontre du processus éthique alternatif concerne son caractère antidémocratique²⁰³. En effet, on confie à un nombre restreint d'experts le rôle exclusif de régler des problèmes moraux et sociaux. Et même s'il s'agit de comités multidisciplinaires, souvent les médecins et autres spécialistes de la santé y sont majoritaires. Ils y exercent une influence considérable et on peut parfois douter de leur impartialité²⁰⁴. Le simple citoyen se trouve alors évincé d'un tel processus. L'existence de comités d'experts en bioéthique peut conduire les citoyens à se décharger de leurs responsabilités au profit des nouveaux sages de la biomédecine²⁰⁵. De plus, le législateur aura souvent recours à l'opinion de ces comités avant de légiférer, excluant ainsi un véritable débat public²⁰⁶.

Malgré ces inconvénients, la normalisation éthique alternative reste une voie privilégiée puisqu'elle s'installe en l'absence de règles juridiques, comblant ainsi «le vide du libéralisme excessif»²⁰⁷. Selon le théologien Hubert Doucet, les règles éthiques ont largement démontré leur utilité. En effet, il écrit :

«Depuis la fin de la seconde guerre mondiale, leur présence a favorisé le respect des sujets d'expérimentation, protégé des malades lorsque certains médecins s'acharnaient à prolonger des vies qui n'avaient plus d'humaine que l'apparence et suscité le dialogue social à propos de l'utilisation des technologies de pointe»²⁰⁸.

En outre, «les régulations alternatives» en bioéthique sont plus souples, plus aptes à s'adapter aux développements technologiques et à l'évolution des mentalités que le droit²⁰⁹.

En réalité, l'approche légaliste en biomédecine présente certains dangers. D'une part, il serait vain de tenter de substituer des dispositions juridiques à la réflexion éthique²¹⁰ puisque le droit positif ne pourra jamais prévoir toutes les situations possibles. D'autre part, le droit repose sur la loi, mais aussi sur la jurisprudence. Or le précédent judiciaire convient mal à la bioéthique qui repose sur une approche casuistique des problèmes. On peut douter de la pertinence

202. *Id.*, p. 93.

203. *Id.*

204. E. DELEURY, *loc. cit.*, note 6, p. 109.

205. P. FORTIN, «L'éthique, une préoccupation actuelle», dans *Actes du colloque L'Éthique à venir, une question de sagesse? une question d'expertise?*, Rimouski, Les éditions du groupe de recherches Ethos, 1987, p. 33.

206. E. DELEURY, *loc. cit.*, note 6, p. 109.

207. G. DURAND, *loc. cit.*, note 201, p. 94.

208. H. DOUCET, *loc. cit.*, note 136, p. 137.

209. G. DURAND, *loc. cit.*, note 201, p. 94.

210. L. COTTE, *loc. cit.*, note 73, p. 135.

d'une jurisprudence biomédicale²¹¹. En outre, le processus judiciaire est souvent long et coûteux alors que les situations en biomédecine nécessitent des décisions rapides. Quel patient doit recevoir l'organe disponible? Doit-on cesser un traitement ou tenter une intervention chirurgicale? Autant d'interrogations qui ne peuvent s'accommoder d'un processus qui peut s'étirer d'une instance judiciaire à une autre. Finalement, les lois ne sont pas toujours plus puissantes que l'éthique et peuvent parfois être inefficaces. Une réglementation juridique nécessite un contrôle, mais comment contrôler le respect de la loi? «Installerons-nous un policier dans chaque laboratoire, chaque cabinet médical? Et quelle force a la menace de la loi pénale en comparaison à la curiosité, à la passion scientifique?»²¹² De plus, l'approche legaliste en biomédecine peut créer l'impression que tout ce qui n'est pas interdit est permis, entraînant une interprétation fallacieuse des droits en cause.

Le droit doit prescrire les grands principes dont le respect est impératif par des lois générales alors que l'éthique doit s'assurer que la mise en oeuvre de la technologie médicale obéit à ces principes. Les auteurs Baudouin et Labrusse-Riou suggèrent de créer une instance nationale indépendante du gouvernement à laquelle le législateur déléguerait un pouvoir de contrôle afin de conférer à la «régulation alternative» une certaine autorité juridique²¹³. La normalisation éthique pourrait ainsi continuer d'exercer ses fonctions avec toute la souplesse nécessaire, mais bénéficierait du pouvoir de contraindre les différents intervenants à respecter le cadre éthique et juridique.

On constate que la question de la normalisation doit relever à la fois de l'éthique et du droit pour être véritablement efficace. La démarche éthique des «régulations alternatives» fournit souvent le matériel de base à l'établissement des règles juridiques. L'éthique, dans cette perspective, fonde le droit positif moderne et les décisions des tribunaux dans l'interprétation des Chartes²¹⁴.

L'éthique et le droit demeurent, cependant, deux disciplines distinctes l'une de l'autre faisant bénéficier la société de leurs apports respectifs.

211. J.-L. BAUDOUIN, «L'éthique clinique comme champ de la bioéthique; quelques réflexions juridiques», dans M. H. PARIZEAU (dir.), *Bioéthique, méthodes et fondements*, Montréal, A.C.F.A.S., 1989, p. 44.

212. J. CARBONNIER, «Rapport de synthèse», dans NYSSSEN (dir.), *Actes du colloque Génétique, Procréation et Droit*, Paris, Actes Sud, 1985, p. 83.

213. J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 162, p. 266.

214. *Supra*, p. 41.

CHAPITRE III : LES APPORTS DE L'ÉTHIQUE ET DU DROIT DANS LA RECHERCHE DE NOUVELLES SOLUTIONS

L'éthique contemporaine, foncièrement multidisciplinaire, invite différents secteurs professionnels à participer activement au débat social entourant l'utilisation des nouvelles technologies. Une telle démarche oblige les intervenants à redéfinir la contribution de leurs disciplines respectives, tout en respectant l'individualité de chacune d'elles. Les éthiciens et les juristes demeurent, cependant, des participants privilégiés puisque la bioéthique concerne à la fois l'éthique et le droit. Dans cette optique, nous discuterons de la contribution du droit à la décision fondée sur l'éthique et de la nécessité de l'éthique dans l'évolution du droit.

A) La contribution du droit à la décision fondée sur l'éthique

Les juristes ont été impliqués très tôt à l'intérieur du débat éthique entourant le développement de la science. Pourtant, les médecins, les politiciens, les philosophes, etc., nourrissent des attentes différentes à l'égard du droit. Après avoir constaté une modification du rôle traditionnel du juriste, nous verrons quel est l'apport du droit à la décision fondée sur l'éthique.

1 - La modification du rôle traditionnel du juriste

Les nombreux recours judiciaires contre les spécialistes des soins de la santé ont conduit les juristes à s'intégrer au monde médical. À ce premier niveau, le juriste agit d'abord à titre d'avocat qui guide son client à travers les méandres juridiques de la responsabilité civile et professionnelle. Il représente le patient déçu, trompé ou le spécialiste médical accusé de négligence. Le rôle du juriste, dans cette hypothèse, apparaît comme celui d'un technicien du droit. Il ne vise nullement la recherche des intérêts du plus grand nombre, sa fonction se limite à la représentation de son client²¹⁵. Il s'agit là du rôle traditionnel du juriste, qui sera pourtant remis en cause par les problèmes nouveaux engendrés par la science conjugués à un libéralisme idéologique sans précédent. En effet, devant l'instabilité des valeurs sociales, les médecins et autres intervenants scientifiques se retrouvent maintenant confrontés à de nouveaux dilemmes. Alors qu'autrefois la science médicale reposait sur la bienfaisance et le respect des patients, elle fait aujourd'hui appel à des concepts tels que l'autonomie, les droits du malade, le consentement éclairé, etc. La mise en application de tels principes crée des tensions et des incertitudes quant aux comportements à adopter. Et comme l'une des caractéristiques du droit est de répondre de façon précise aux litiges qu'on lui soumet, c'est naturellement que l'on s'est tourné vers les juristes afin qu'ils disent le droit.

215. H. DOUCET, *loc. cit.*, note 136, p. 133.

Dans cette deuxième hypothèse, le juriste ne représente personne en particulier; on lui demande de participer à des comités d'éthique où son rôle est d'informer les autres intervenants des règles juridiques en cause. L'avocat rappelle les exigences du droit mais il ne s'implique pas réellement à l'intérieur du débat; il agit à titre de consultant plutôt que comme un participant engagé dans la recherche d'une solution²¹⁶. Limiter ainsi les juristes à une fonction d'informateur, c'est se priver d'une ressource efficace. On ne doit pas oublier que les avocats sont des spécialistes de la normalisation. Cependant, s'ils veulent s'intégrer au débat interdisciplinaire, les juristes devront accepter de modifier quelque peu leur rôle. En effet, parce qu'ils représentent l'ordre normatif le plus puissant, les avocats sont habitués à clore les débats, rendant ainsi presque impossible un véritable dialogue multidisciplinaire²¹⁷. Pourtant, les juristes ont beaucoup à apprendre en observant l'émergence de la normalisation alternative²¹⁸, et cela pour deux raisons. D'une part, plusieurs des normes établies d'abord au plan éthique, finissent par devenir de véritables règles juridiques²¹⁹. L'avocat, en s'attardant sur les motifs à l'origine de la norme, est mieux en mesure de comprendre et d'interpréter la règle juridique. D'autre part, l'éthique agit également à titre de critique des règles juridiques²²⁰ et elle constitue «un modèle important de référence d'autocritique de la règle juridique déjà existante ou en simple devenir et enfin le point de départ de la création de normes juridiques authentiques»²²¹.

Il appartient toujours aux juristes de dire le droit et ils doivent continuer à jouer ce rôle. Mais une fois la règle de droit énoncée, dans l'interprétation de la loi ou dans les domaines non encore investis par le droit, le juriste doit se faire plus modeste²²² pour engager une réelle discussion avec les autres intervenants. En s'impliquant davantage, il permet au droit d'être un partenaire engagé dans la décision fondée sur l'éthique.

216. *Id.*

217. *Id.*

218. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, 211, p. 43.

219. *Supra*, p. 38.

220. *Supra*, p. 50.

221. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 211, p. 45.

222. G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 91.

2 - L'apport du droit à la décision fondée sur l'éthique

Nous avons vu que le juriste ne doit pas se limiter à un rôle de technicien, mais qu'il doit s'intégrer dans la démarche éthique. De la même façon, le droit ne doit pas se contenter de légitimer le pouvoir de la science, ni abdiquer en faveur de cette dernière son rôle social²²³. En réalité, il doit rester indépendant de la science et de l'éthique pour conserver un jugement objectif sur les réalités en cause. Le droit, parce qu'il est amené à statuer en dernier ressort, doit faire des compromis entre les différentes valeurs sociales afin de satisfaire les exigences de justice et de paix sociale²²⁴. Néanmoins, il peut être d'un grand secours pour l'éthique, du moins en ce qui concerne la procédure à adopter. Les juristes sont des spécialistes de la procédure et l'expérience qu'ils ont acquise en ce domaine peut soutenir le processus décisionnel fondé sur l'éthique. Selon M. le juge Baudouin, le droit peut apporter trois choses à l'éthique, une rigueur, une rationalité et un contrôle²²⁵.

En premier lieu, le droit peut apporter à l'éthique une rigueur dans la prise de décision. Une procédure rigoureuse, connue de tous, diminue les risques de discrimination, d'inégalité et d'injustice. L'éthique, même si elle se veut un processus casuistique, ne peut être synonyme d'arbitraire²²⁶.

Deuxièmement, le droit apporte à l'éthique un souci de rationalité²²⁷. Les juristes se soucient de l'impact immédiat mais aussi à long terme de leurs décisions. Ainsi, les éthiciens et bioéthiciens doivent prendre en considération les conséquences potentielles de leur choix car les décisions éthiques ou bioéthiques s'inscrivent dans «la mémoire collective»²²⁸ et peuvent servir de références informelles pour les situations futures²²⁹. *Troisièmement*, le droit assure le contrôle de la légalité des décisions éthiques qui pourront parfois être légitimes pour les décideurs, mais illégales en regard de la loi. Dans ces cas, le droit doit rappeler la supériorité hiérarchique des règles juridiques et en assurer le respect.

223. J.-L. BAUDOUIN et C. LABRUSSE-RIOU, *op. cit.*, note 162, p. 251.

224. *Id.*, p. 259.

225. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 211, p. 46. Notons que l'auteur applique ces trois éléments à la bioéthique clinique, mais nous pensons qu'on peut les appliquer à l'éthique en général.

226. *Id.*

227. *Id.*

228. *Id.*

229. A. FAGOT-LARGEAULT, *loc. cit.*, note 78, p. 10. L'auteur nous fait remarquer à ce sujet: «Après que les comités Waller (Australie) et Warnock (Grande-Bretagne) eurent proposé en 1984 la limite de 14 jours pour l'acceptabilité de la recherche sur l'embryon, les comités analogues dans d'autres pays ne s'écarterent que fort peu de cette limite. On peut supposer que, parce qu'au moment de fixer la limite on exerce un certain arbitraire (...), chacun regarde ce que font ses voisins et s'applique à les imiter, pour se rassurer.»

L'apport du droit à la décision fondée sur l'éthique concerne principalement la procédure; cependant, on ne doit pas croire que le respect de la procédure est une garantie de légitimité des décisions éthiques. On parle de plus en plus d'une «éthique procédurale»²³⁰. Quel sens doit-on donner à cette expression? Deux tendances semblent exister à ce sujet. Certains voient dans le respect de la procédure une fin en soi. Les tenants de cette perspective limitent le débat à la procédure, évitant au maximum les discussions sur le fond, à cause de l'insécurité et de la confrontation qui s'en dégage, comme s'ils étaient convaincus de l'impossibilité d'en arriver à un certain consensus. Une deuxième tendance, à laquelle nous souscrivons, croit que la démarche éthique se fonde à la fois sur *une procédure rigoureuse* (apport du droit) *et sur une approche critique* des différentes conceptions possibles à l'égard des situations en cause (apport de l'éthique). *Respecter le pluralisme idéologique, ce n'est pas refuser de discuter des fondements philosophiques d'une théorie, c'est accepter que cette discussion se fonde sur des arguments rationnels et raisonnables, plutôt que sur des croyances, des doctrines ou des dogmes; c'est accepter la discussion en étant conscient des différences et de l'impossibilité d'imposer aux autres participants notre propre philosophie.* Interpréter le concept «éthique» d'une façon restrictive, en le limitant à une question de procédure, c'est assimiler les apports éthiques et juridiques l'un à l'autre, alors que l'éthique joue un rôle différent du droit, mais tout aussi fondamental.

B) La nécessité de l'éthique dans l'évolution du droit

Depuis le début, nous avons parlé de l'éthique comme étant la recherche d'une justification rationnelle de nos choix d'action en regard d'une situation particulière. L'éthique, dans une dimension individuelle, est appelée «micro-éthique»²³¹; c'est le cas, par exemple, de la bioéthique clinique. Nous allons, pour compléter notre exposé, élargir le concept éthique pour s'orienter vers la «macro-éthique»²³², c'est-à-dire vers le rôle de l'éthique à l'égard de la collectivité. Ainsi, l'émergence d'une éthique sociale devient nécessaire en contrepois d'un droit individualiste et revendicateur.

1 - La nécessité de l'émergence d'une éthique sociale en contrepois d'un droit individualiste et revendicateur

Nous avons constaté antérieurement que les sociétés occidentales sont entrées dans la tendance humaniste, caractérisée par la reconnaissance des droits de la personne²³³. D'une part, l'avènement des Chartes doit être considéré

230. *Id.*, p. 8.

231. G. DURAND, *op. cit.*, note 5, p. 35.

232. *Id.*, p. 36.

233. *Supra*, p. 12.

comme un acquis social inestimable. Elles soulignent l'importance que l'on accorde à la liberté, à l'égalité et à la dignité humaine.

D'autre part, on assiste présentement à la «judiciarisation» des droits de la personne. Les tribunaux sont devenus, pour les citoyens, un moyen privilégié de revendication. En invoquant dans un litige les droits fondamentaux, on situe le débat sur le plus haut palier des normes juridiques. On publicise la question soulevée et on augmente l'engouement pour l'interprétation constitutionnelle des règles juridiques²³⁴. De plus, on doit reconnaître que l'interprétation des droits fondamentaux s'inscrit dans une perspective individualiste plutôt que collective²³⁵. Considérer le droit d'abord comme un moyen de revendication tout en donnant une interprétation individualiste des droits de la personne constitue un danger potentiel pour les sociétés démocratiques. Le premier aspect de ce danger est «la transmutation opérée entre le droit-responsabilité et le droit-désir»²³⁶. Une pression de plus en plus forte pousse les juristes à élever des désirs, parfois légitimes, au rang de droit. L'exemple des nouvelles technologies de la reproduction nous aidera à illustrer nos propos. On reconnaît, d'une façon générale, le droit des citoyens de fonder une famille. La science met à la disposition des couples infertiles les moyens technologiques visant à satisfaire leur désir légitime d'enfant. Mais où doit s'arrêter l'utilisation de ces techniques? Du désir d'enfant, nous sommes passés au droit à l'enfant, en empruntant la voie des droits et libertés fondamentales²³⁷. On invoque le droit à l'enfant comme s'il s'agissait d'un droit fondamental plutôt que d'une faculté naturelle²³⁸. Si le droit à l'enfant existe, cela suppose l'obligation pour l'État de rendre accessibles à tous²³⁹ les technologies de la reproduction et même de permettre le recours aux mères porteuses selon la disponibilité des ressources. En poussant plus loin ce raisonnement, verrons-nous un jour des citoyens invoquer le droit à un enfant de tel sexe, aux yeux bleus, au quotient intellectuel supérieur?²⁴⁰ Peut-être!

Le deuxième aspect du danger d'interpréter les droits de la personne d'une manière individualiste, provient de la confusion entre les concepts de «droit» et de «liberté»²⁴¹. La liberté consiste en une «revendication de non-

234. J.-L. BAUDOUIN, «Réflexions sur les rapports de la bioéthique et des droits fondamentaux», dans G. LAFRANCE (dir.), *Éthique et droits fondamentaux*, Ottawa, Les Presses de l'Université d'Ottawa, 1989, p. 149.

235. G. ROCHER, «Tension et complémentarité entre droits individuels et droits collectifs», dans *Vers de nouveaux rapports entre l'éthique et le droit*, Cahiers de Recherche Éthique 16, Rimouski, Corporation des éditions Fides, 1991, p. 212.

236. J.-L. BAUDOUIN, *loc. cit.*, note 234, p. 150.

237. *Id.*

238. *Id.*

239. Une fois ce droit reconnu, tous les citoyens pourront l'invoquer, les personnes seules, les couples homosexuels, les femmes ménopausées, etc., sous réserve de l'art. 1 de la *Charte canadienne*.

240. *Id.*

241. *Id.*

interférence»²⁴² des autres dans des décisions considérées comme relevant de l'autonomie de la personne. Le «droit», pour sa part, implique la possibilité pour le détenteur d'en revendiquer l'exercice puisqu'il crée chez les autres l'obligation de le respecter. Voilà pourquoi «la liberté de mourir dans la dignité (euthanasie passive) n'est pas un droit à la mort (euthanasie active)»²⁴³. Confondre les concepts de «droit» et de «liberté» est hasardeux et dangereux.

Dans cette perspective, nous croyons qu'une éthique sociale s'avère nécessaire pour contrebalancer un droit devenu principalement revendicateur et individualiste. Les sociétés démocratiques vivent intensément les tensions qui opposent les droits individuels et les droits collectifs, et cela parce qu'elles cherchent à instaurer le respect de deux droits, le droit à la liberté et le droit à l'égalité, qui finissent par s'opposer, lorsque l'équilibre entre eux est rompu. En réalité, en mettant l'accent sur la liberté, on risque de limiter grandement le droit à l'égalité. En favorisant le droit à l'égalité, on limite la liberté des citoyens²⁴⁴. L'éthique, qualifiée de «micro-éthique» ou de «macro-éthique», joue toujours le même rôle, favoriser l'émergence d'une solution raisonnable et rationnelle. Dans certains cas, les droits collectifs peuvent primer les droits individuels sans que l'on doive nécessairement conclure au mépris des droits individuels²⁴⁵. L'éthique doit agir comme médiateur entre les droits individuels et collectifs. Elle rappelle que le droit n'est pas seulement un instrument de revendication, mais qu'il est aussi porteur de responsabilités.

2 - L'éthique comme facteur de responsabilité

Le concept de responsabilité n'est pas étranger ni au droit ni à la morale. Il existait dans le droit romain et les moralistes ont longuement élaboré sur la responsabilité morale de la conduite humaine²⁴⁶. Pourtant, le concept de liberté occulte de plus en plus la responsabilité individuelle ou collective. On a l'impression que les citoyens réclament de plus en plus de liberté, mais qu'ils assument de moins en moins la responsabilité de la réussite ou de l'échec d'une vie collective harmonieuse. On réserve au droit le soin exclusif de régler les conflits. L'éthique doit agir comme facteur de responsabilité, en sensibilisant les citoyens à la nécessité de s'ouvrir aux autres afin de partager des responsabilités qui sont désormais collectives comme la protection de l'environnement, l'accessibilité aux soins de santé, l'impact de la technologie sur les générations futures, etc. Un auteur souligne l'importance de l'éthique à ce sujet en écrivant que :

242. *Id.*, p. 151.

243. *Id.*

244. G. ROCHER, *loc. cit.*, note 235, p. 216.

245. *Id.*, p. 219.

246. G. BOURGEOULT, *op. cit.*, note 72, p. 95.

«La tâche de l'éthique est alors d'argumenter pour que les participants au dialogue en arrivent à pouvoir suggérer des orientations *dont le coeur est la reconnaissance de l'autre*. Cela requiert que soient mis en relief les éléments dont on doit tenir compte si l'on désire qu'à la fois l'autre soit respecté dans sa totalité concrète, c'est-à-dire qu'il soit une fin et non un moyen, *que soit promue la convivialité de notre existence commune par, entre autres, une juste répartition des ressources et que la vie continue de se développer sur cette terre en prenant des décisions dans la conscience que le futur est déjà engagé*»²⁴⁷.

Une éthique de la responsabilité²⁴⁸ devient donc nécessaire si l'on veut que les concepts de droit et d'obligation soient interreliés. Aucun droit n'est absolu. Le droit n'existe que dans la mesure où les autres se reconnaissent l'obligation de le respecter. On agit en citoyen responsable en revendiquant ses droits, mais également en se reconnaissant l'obligation de respecter les droits des autres et de la communauté.

Dans les sociétés occidentales, la tendance actuelle consiste à interpréter le droit d'une façon individualiste, les éthiciens doivent donc nous sensibiliser aux impacts sociaux d'une telle interprétation. Par contre, dans de nombreux pays, les droits et libertés fondamentales sont encore bafoués et la torture, les disparitions et les exécutions extrajudiciaires sont fréquentes. Dans ce contexte, les éthiciens doivent montrer, par les questions qu'ils soulèvent, l'importance des droits individuels. En réalité, le rôle de l'éthique en regard de l'évolution du droit est de viser l'instauration d'un juste équilibre entre les différentes valeurs individuelles et sociales, dans la mise en place et dans l'interprétation des règles juridiques. La nécessité d'un équilibre entre le droit et les valeurs morales ou éthiques a été particulièrement bien illustrée par le poète russe Alexandre Soljénitsyne :

«Moi qui ai passé toute ma vie sous le communisme, j'affirme qu'une société où il n'existe pas de balance juridique impartiale est une chose horrible. Mais une société qui ne possède en tout et pour tout qu'une balance juridique n'est pas, elle non plus vraiment digne de l'homme. Une société qui s'est installée sur le terrain de la loi, sans vouloir aller plus haut, n'utilise que faiblement les facultés les plus élevées de l'homme. Le droit est trop froid et trop formel pour exercer sur la société une influence bénéfique. Lorsque toute la vie est pénétrée de rapports juridiques, il se crée une atmosphère de médiocrité morale qui asphyxie les meilleurs élans de l'homme. Et face aux épreuves du

247. H. DOUCET, *loc. cit.*, note 136, p. 138. Les italiques sont de nous.

248. L'expression est utilisée par G. BOURGEAULT, *op. cit.*, note 72, p. 94.

siècle qui menacent, jamais les béquilles juridiques ne suffiront à maintenir les gens debout»²⁴⁹.

Le droit et l'éthique sont deux concepts distincts, mais intimement reliés l'un à l'autre. En ce sens, on peut véritablement parler d'une convergence entre l'éthique et le droit. Cependant, on ne doit pas en conclure que toutes les règles éthiques doivent devenir des règles de droit puisque l'éthique et le droit jouent chacun un rôle différent. La convergence réside plutôt dans l'équilibre entre les deux concepts. Cet équilibre est fragile, parfois précaire, mais il demeure pourtant essentiel.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dans notre première partie, nous avons d'abord retracé l'évolution des fondements du droit. Nous avons constaté que le droit naturel repose sur la morale philosophique et sur une conception statique de l'homme, qui sera rejetée par les théories évolutionnistes. Le droit naturel est remplacé par le positivisme juridique et l'on assiste au premier changement majeur concernant les fondements du droit. Les mœurs remplacent la morale comme assises des règles juridiques. Néanmoins, le positivisme est dangereux, comme l'a démontré le procès de Nuremberg, car il peut nous conduire vers le mépris de la vie et de la dignité humaine. En réalité, *les événements tragiques de la Deuxième Guerre mondiale ont remis en lumière la nécessité de fonder le droit sur des valeurs plutôt que sur des comportements*, ce qui provoquera un engouement pour les droits de la personne dans les sociétés occidentales. Cependant, on ne peut pas envisager le retour de la morale philosophique comme fondement du droit et cela pour deux raisons. D'une part, le consensus social existant jadis sur ce que l'on pouvait considérer comme moral a disparu. Nous vivons le pluralisme idéologique et on ne s'entend plus collectivement sur ce qu'est le bien et sur les valeurs morales à privilégier. D'autre part, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui reconnaît à tous les citoyens la liberté d'opinion, de croyance, de conscience et de religion permet de contester judiciairement la promulgation ou l'interprétation des règles juridiques qui favoriseraient une conception morale au détriment d'une autre. Ainsi, on assiste présentement à une deuxième modification des fondements du droit. C'est dans cette optique que nous soumettons que l'éthique s'affirme de plus en plus comme le fondement du droit contemporain.

La morale se distingue de l'éthique en ce qu'elle renvoie à une recherche d'idéalité conduisant les moralistes à prescrire les comportements à adopter. L'éthique, pour sa part, prend en considération les aspects moraux, mais également les aspects économiques, sociologiques et technologiques d'une

249. A. SOLJÉNITSYNE, *Le déclin du courage*, Paris, Seuil, 1972, p. 21.

situation et elle favorise l'émergence d'une solution rationnelle compte tenu de la diversité des conceptions possibles d'une même problématique. L'éthique foncièrement multidisciplinaire et séculière respecte le pluralisme idéologique et les préceptes juridiques contenus dans la Charte.

Dans notre deuxième partie, nous avons traité principalement des relations entre l'éthique et le droit. Nous avons conclu à la convergence inévitable entre les deux concepts. Les développements spectaculaires de la biomédecine illustrent particulièrement bien la rencontre de l'éthique et du droit. Nous sommes aujourd'hui confrontés à des possibilités technologiques sans précédents et seuls l'éthique et le droit peuvent agir comme garde-fous pour nous protéger contre des processus scientifiques pouvant devenir irrémédiables. Le clonage, la parthénogénèse et la modification au génome humain ne sont que quelques-uns des phénomènes qui nécessitent l'instauration de normes éthiques et juridiques. D'ailleurs, pour être véritablement efficace, la normalisation doit relever de l'éthique et du droit puisque le droit ne peut prévoir toutes les situations possibles et que l'éthique, bien que plus souple, ne dispose pas de la force obligatoire du droit.

En dernier lieu, nous avons constaté que même s'il y a convergence entre l'éthique et le droit, les deux concepts demeurent distincts l'un de l'autre. D'une part, le droit se spécialise dans la procédure et la normalisation. À ce titre, les juristes peuvent être des ressources efficaces dans le cadre des décisions fondées sur l'éthique. D'autre part, l'éthique est importante pour établir et interpréter les règles juridiques. Nous avons indiqué que l'éthique peut servir de fondement au droit contemporain. Par contre, le rôle de l'éthique, au plan social, consiste aussi à critiquer le droit afin de le faire évoluer. *Le droit prescrit et force l'adhésion, l'éthique questionne, sensibilise et favorise la recherche du consensus.* Une vie collective harmonieuse ne peut reposer que sur un équilibre entre l'éthique et le droit et c'est dans cette perspective que l'on peut parler de convergence entre les deux concepts.